JOH. SAM. FRID. BOEHMERI

OBSERVATIONES SELECTAE

AD

BENED. CARPZOVII JC.

PRACTICAM NOVAM

RERUM CRIMINALIUM

ACCESSIT
INDEX LOCUPLETISSIMUS

FLORENTIÆ
APUD SOCIETATEM TIPOGRAFICAM
AD SIGNUM SPEI
1833.

LECTORI BENEVOLO

S. P. D.

JOANNES SAMUEL FRIDERICUS BÖHMER, JC.

Contigit nobis hoc aevo ea felicitas, ut, quod quondam misere explicatum, et valde depravatum, jam non modo a *vitiis* gravioribus purgatum, et in melius reformatum, verum etiam post evolutionem principiorum solidiorum in formam *artis* redactum, cum in variis scriptis eniteat, tum in foro magno cum successu pertractetur jus *criminale*. Non minoris pretii, sed admodum notabilis est haec praerogativa, postquam variae intercessere *mutationes*, quibus hocce studium olim fuit expositum, aliis atque aliis moribus in foris criminalibus Germaniae per temporum intervalla hinc inde fluctuantibus. Ipsa delictorum indagatio, et hominum sceleratorum *coercitio* perpetuae legis in omnibus rebus publicis fuit, nec unquam aliqua, quantumvis ferox aut inculta, extitit civitas, quae hanc legem, ejusque necessitatem non agnovisset. Majores nostros in summa libertate vixisse, palam est. Non eo minus tamen effrenatam peccandi libidinem inultam reliquerunt. Solus *modus* tractandi caussas criminales, pro varia reipublicae oeconomia publica mirum in modum variavit, prouti laxior vel strictior disciplina obtinuit, inordinata aut commoda regula servata est. Haec *diversitas* itaque fundat fata juris criminalis singularia, de quibus in praesentiarum quaedam praefari constitui. Referam ea brevissimis et quae de iis notatu digna succurrunt, communicabo, additurus naevos, in quos hodiernum denuo inclinare videtur. Interim quia juris *Romani* disciplina fere jus civitatis *Germanicae* consequuta est, ejus indolem prorsus silentio omittere nequeo.

Romani, quicquid ad jurisprudentiam privatam sive civilem, sive criminalem formandam et amplificandam contulerunt, *solertiam* spirat, et studium ad *altiora* tendendi, et quae a majoribus per leges sapienter statuta, in melius aut *reformandi*, aut interpretatione ita *temperandi*, ut finis legum, qui in justitia consistit, et in caussis criminalibus in conveniente medicina, ad detegendos, et compescendos maleferiatos se exserit, obtineatur. His principiis tincti fuerunt *principes*, qui, tantum abest, ut in rebus ejusmodi momentosis *fortuitis* cogitationibus se se exercuerint, ut potius nil omnino neglexerint, in ejusmodi placitis inveniendis, quae nulla ex parte a *salute reipublicae* deflecterent, sed ad promovendam eam convenientissima viderentur. Par ratio *Senatus*, qui quoties vindex certorum criminum fuit, omnibus viribus modo *aequitatem*, iterum *severitatem*, utramque solidis rationibus munitam professus est, ut quae hanc in rem supersunt *Senatus Consulta*, ex asse probant. Taceo universum *populum* Romanum ex variis ordinibus compositum, et in *comitia* coactum, cujus egregia in jurisprudentiam criminalem merita leges *publicorum judiciorum* exhibent, ita, ut omnes omnino, penes quos de criminibus statuendi aliqua fuit auctoritas, in jure criminali in dies rite perpoliendo, quasi ex compacto desudaverint. Hinc petenda cum *delictorum*, tum *poenarum* in Latio frequens ac curiosa determinatio. Hinc *accusationis*, *probationis*, *defensionis*, *cognitionis*, *torturae*, et totius *processus* criminalis exacta instructio. Hinc praesens medicina, contra artes nefarias, quibus *calumniando*, *tergiversando*, *praevaricando*, forum, et ipsa passim infestabatur civitas, certo argumento, nihil prius, nihil antiquius architectis legum, quam hoc ipsum fuisse, ut omnia in foro criminali non modo ad *certitudinem* reducerent, sed sapienti consilio *naevis* occurrerent, et solidis, ac maturis remediis judicia instruerent. Quae ita a superioribus passim sapienter statuta, mox in suos usus verterunt *JCti*, et assidua meditatione exactoque judicio tractata, ad certa principia reducere, ac non modo in scholis, verum in scriptis, quorum hinc inde fragmenta supersunt, proponere allaborarunt. Tantum itaque abest, ut nobilissimum hocce studium viluerit, aut neglectum fuerit in Latio, ut potius egregiis conatibus, ac variis accessionibus auctum, ad summam *perfectionem* usque excreverit. Breviter: manet haec laus *Romanis* propria, quod de jure criminali egregie meriti fuerint, nec quicquam intermiserint, quod ad illud ornandum, amplificandumque pertinet, docendo, concionando, scribendo, denique res in foro rite agendo, significare.

Non eadem, sed longe diversa fata subiit quondam *Germania* nostra, in qua praxis criminalis tot, non dicam absurdis, sed inconcinnis doctrinis depravata, ut parum absit; quin jurisprudentiam criminalem penitus exulasse dixeris. Quid enim aliud arguunt, quae de *ludicra* criminosorum *accusatione*, magis verborum, quam momentorum apparatu constante, supersunt monumenta? Quid dicemus de probationibus *vulgaribus* in speculo Saxonico et Svevico utramque paginam complentibus? Quid de convictione cum *septima manu*, *clamore*, similibusque institu-

tis, specie *notorii* judicia criminalia pervertentibus? Quid *corporis delicti* ludicra solisque *sensibus* probata indagatione? Quid plura alia ne colorem quidem recti judicii habentia aliud docent, quam quod ineptiis forum scholasque impleverint, solidis vero et indoli caussarum convenientibus doctrinis parum studuerint. Poenas quidem, easque sat atroces usurparunt; sed uti in omnibus institutis consuetudines *incertae*, et passim *irrationales* primas tenuerunt; ita circa hoc caput quoque parum consultum saluti publicae, sed pleraque *arbitrio judicis*, quod vaga consuetudo formaverat, relicta, et sic in ambiguo collata. Taceo deploratam conditionem *personarum*, judicia criminalia constituentium, dum subinde cooptati homines non modo ex infima *fece* plebis, verum etiam *illiterati*, quorum adhuc praeter prooemium Constitutionis *Bambergensis*, Constitutio *Carolina Art. CXXXVII. CXLII. CXLVI. CL.* meminit. Ab his quid expectari poterat, aliud, quam invectio institutorum ineptiis plenissimorum, *consuetudine* tamen pedetentim firmatorum. De *Westphalia* plura in eam rem specimina profert SCHOTTELLIUS *de singul. in Germ. jurib. CXXIX.* et fatetur ipse THOMASIUS *de ort. et prog. jud. Westphal.* §. *L.* caussam abusuum ibidem imprimis in judicantium imperitia quaerendam esse. Similia de aliis judiciis criminalibus in *Carinthia* discimus ex iis, quae de more *post* suspendium demum reos defendendi narrat, AENEAS SILVIUS *Hist. Europ. CXX.* Nec multum ab his discrepat historia perversi processus, quam de *Budstadio* texuit, MÜLLER *ad Annal. Saxon. An. MCCCCLXX*. Taceo egregias, si Diis placet, consuetudines, aevo *Carolino* demum sublatas in *Art. CXVIII.*, quae omnia magis insipientium, quam recti juris et aequitatis amantium sunt monumenta.

Talis fuit indoles juris et praxeos criminalis, quamdiu jus *patrium* primas tenuit, et ex institutis domesticis jus redditum. Non felicius saeculum fuit, ex quo *peregrini* juris assertores, ad judicandum electi, et velut Romani juris oracula forum ac judicia occuparunt. Quum enim hi mores patrios non simul ac semel proscribere possent, sed diu cum iis, qui in illos juraverant, luctati essent, factum est, ut inter haec *repugnantia* principia cultura juris criminalis magnopere turbaretur, *diversis* utriusque traditis non modo turpiter invicem commixtis, verum etiam sententiis judicantium ita *collisis*, ut omnia in *ambiguo* posita esse viderentur. Quod ipsum *novum* morbum peperit, priori non adeo dissimilem, summam nimirum jurium *incertitudinem*. Equidem illi passim inprimis in civitatibus per *statuta*, *et specialiorem* caussarum criminalium *determinationem* occurrere studuerunt majores. Verum ea vix eradicari potuit, imo potius in dies incrementa coepit, postquam multa ex scitis Romanorum in ipsa statuta cum maxima juris utriusque *confusione*, migrarunt, et, qui ad judicandum electi, omnia ad modulum juris *Romani* aestimarunt. In vulgus notum est, quas turbas in judiciis civilibus, et criminalibus erexerint jurium *peregrinorum* assertores, et quot animi motibus alii pro conservando jure *patrio* iis obviam iverint, usque adeo, ut, caussa ad *comitia* delata, haec posterior secta vicerit, impetrato

decreto, quo *Doctoris juris civilis*, quasi turbatores pacis judicialis, a *judiciis* exclusi. Verba *R. F. de Anno MCCCCXLI. Art. V.* sunt: *Alle Doctores der Rechten, sie seyn geistlich oder weltlich, sollen an keinem Gerichte, bey keinem Richter, auch in keines Fursten Räthen mehr gelitten werden; sondern ganz abgethan seyn. Sie sollen auch fur bass vor Gericht oder Recht nicht weiter reden, schreiben, oder Rath geben. Sintemablen GOtt den Menschen mit seiner eigenen Weissheit versehen, so mag er seines Rechtes selbst wahrnehmen. Alle Keyserliche Rechte sollen todt und abe seyn.* Sed fata subsequentium temporum docuerunt, fulmen hoc sine effectu fuisse, nec impedivisse, quominus principia peregrina nihilo secius irrepserint, et plura reformaverint, insimul vero retentis hinc inde moribus *domesticis*, specie amicae *combinationis*, prima fundamenta suggesserint, querelis *communibus*, de jure criminali multo majoribus dubiis involuto, quam quibus quondam sub integritate consuetudinum domesticarum premebatur. Ita vero quicquid corruptionis ad jus Romanum referri potest, aut parum digestae *applicationi* ejusdem ad judicia Germaniae tribuendum, aut *incertitudine* praxeos, inde natae, absolvitur, quarum quaelibet vere quidem nocuit, magis tamen ad vitia *hominum*, quam ipsarum *legum* Romanarum, quarum nexum et sapientiam supra laudavi, referenda superstitionis, irrationalitatis, denique traditionum ab arte solide judicandi alienarum, in jure Romano nec vola, nec vestigium, adeoque si quid ex iis in fora criminalia Germaniae irrepsit, non hinc, sed aliunde repetendum.

Speciatim corruptiones nonnullae sensim invaluerunt, quas, nescio, an ulli magis, quam *clero* tribuerim. Is enim a multis retro temporibus in judiciis *ecclesiasticis* pro amplificando in actiones hominum inquirendi pro ritu, in *numero delictorum* augendo, multum operae consumsit, credulae *superstitioni* plus, quam rectae rationi locum reliquit, *crudelitatem* in inquirendo, et coercendo contra certorum criminum reos velut artem exercuit, favore *fidei* plura paradoxa admisit, et adoptatis multifariis sententiis, ad conservandum *Systema ecclesiasticum*, omnia ita conturbavit, ut in pluribus capitibus judicia novam faciem induisse visa. Transierunt hi mores ad fora criminalia *Secularia* tanto facilius, quanto magis caussam *religionis*, saltim remote, plerumque subesse, salutemque ecclesiae intercedere, creditum, cui promovendae quibuscunque ineptis, et irrationalibus mediis judices seculares se obstrictos credebant. Hinc reatus *hereseos*, *apostasiae*, *simoniae*, et quae tum quoad *originem*, tum quoad nimiam *extensionem* clero debetur, *usurariae pravitatis*. Hinc *magiae*, dudum notae, mirifica additamenta, ludicra somnia fabellae, et extensiones, superstitionis, et naeniarum plenissimae, maximam partem per *Clerum* effictae. Hinc processus contra *Sagas* insolitus et monstro simillimus. Hinc *atrocissima* contra haereticos, apostatos, magos, sacrilegos supplicia. Hinc plus quam *barbara* contra eos procedendi ratio, quos in *fidem* vel *instituta* clericalia peccasse, constiterat. Hinc novae et ex perversa juris *Canonici* interpretatione mutuatae do-

ctrinae, de remittendis poenis capitalibus favore *matrimonii*, vel ob *spontaneam confessionem*, vel ob *intercessionem puellae*. Haec et similia instituta in foris criminalibus quotidiana, in dubium argumentum de gravissimis corruptelis, non aliunde, quam a Clericorum moribus repetendis, constituunt.

Tot tantaeque depravationes praesenti medicina indigebant, ne recti juris et justitiae regulae prorsus vilescerent. Quam ob rem saepius cogitatum de *emendatione* juris criminalis, et correctione insigniorum abusuum. Sed ob bella intestina, dissidia procerum, aliaque obstacula res exoptatum exitum producere non potuit. Gravissima mala a judiciis *Westphalicis* imminebant, quae non modo exemplis *improbitatis et crudelitatis* abundaverant, verum etiam caput super universam Germaniam ita extulerant, ut alia quaeque judicia, ab illis velut suppressa, conquiescerent. Qua de caussa *primaria* cura in *reformandis* illis impensa. Hoc passim per varias Sanctiones Imperatorum, quarum catalogum texuit Struv. *Hist jur. C. IX. §. XX.* facto, paceque per Maximilianum restituta, Carolus V. juri criminale subventurus, regem Germaniae *universalem* rogavit, et hac ipsa variis *naevis* obicem ponere, plura in melius *corrigere*, alia penitus *profligare*, denique ambigua jura *certiora* facere tentavit: Saltim hunc finem eundem in adornanda constitutione criminali ob oculos habuisse, verba prooemialia satis superque evincunt. Ipsum propositum erat egregium, utilissimum, nec tamen, ut, par erat, in actum deductum, quod, nescio, an conditioni *temporum* tribuendum sit, quibus cultura studiorum, imprimis principiorum *Philosophiae moralis*, ad prudentiam legislatoriam necessariorum, valde tepuit, *legulejismus* omnium animos occupavit, et pleraque adhuc tenebris obvoluta, quae repurgatis demum studiis, in melius reformata apparuerunt. Eleganter observat B. Hoffmann *de insign. defect. jurispr. crimin. §. XVIII.* architectum Carolinae in librum Tengleri, cui titulus: LAYEN SPIEGEL, incidisse, hunc vero principiis juris Romani ita refertum fuisse, ut illa utramque paginam ferant, nec mirum sit, quod, quae dudum ex utriusque juris confusione corruptionis rationem habere visa, in Carolinam migraverint. Non melius *incertitudini* jurium Carolus prospexit. Nam eidem nil frequentius, quam doctrinas decisione facillimas in *ambiguo* relinquere, propositionibus *vagis*, et non satis determinatis uti, mox ad vagam *consuetudinem*, iterum ad *arbitrium judicis* decisum remittere, et sic caussas magis implicare, quam explicare, in quibus JCti dudum potiores hujus legis naevos collocasse constat. Si quid est, quo *Carolina* juri criminali subvenit, unice in profligatione consuetudinum *irrationalium*, et adoptione *saniorum* principiorum quaerendum, de quo invecta, in locum probationum vulgarium, *tortura* remissio ad *lhetalitatem vulnerum*, ejusque curiosam *inspectionem*, in crimine *homicidii* necessariam, imprimis vero ad instruendum accuratiorem *processum* largiter suppeditata argumenta, testimonium omni exceptione majus praestant.

Quod *Carolina* in usum jurisprudentiae criminalis suppeditave-

rat cum in Scholis passim in Germania erectis,tum in judiciis, pedetentim in melius reformatis, gliscentibus quoque studiis, JCti amplificare, interpretatione supplere, et in formam *artis* redigere coeperunt, cui negotio campum amplissimum praeparaverat ipsa *articulorum* compositio, quae modo *brevissima*, doctrinas parum discusserat, et ob *insufficientiam* moram in applicandis casibus singularibus faciebat, modo *obscuritatis*, *et ambiguitatis* vitio laborabat, et sic *collisioni* januam aperiebat, modo plurium caussarum huc pertinentium determinationem *silentio* omiserat, et sic utroque respectu *interprete* indigebat. Spartam hanc susceperunt quam plurimi, non omnes tamen eodem eventu. Non dicam de exteris, Claro Farinacio, Bassio, Deciano, imo ex patria nostra de Damhoudero, qui vastis quidem voluminibus de hac juris parte scripserunt, sed parum *utilitati* publicae prospexerunt. Nihil enim ad rem Germaniae et interpretationem legum *patriarum* ab iis prolatum: omnia ad gustum juris *Romani* composita, et sententiis *Glassatorum* repleta. Primus, qui sub initium Seculi XVII. legum Germanicarum curam habuit, et paulo plenius eas consuluit, fuit Mathias Berlichius, in Parte *quinta conclusionum practicarum* meris quaestionibus *criminalibus* dicata: opere, ceteroquin farragini opinionum communium simillimo, praejudicioque *auctoritatis*, jurisque *peregrini* plenissimo, tantisper tamen negotiis forensibus suo modo acceptatissimo. Meliori successu paulo post Petrus Theodoricus per varias *dissertationes* hanc jurisprudentiae partem exornavit, et, quicquid ad hanc pertinet, paulo plenius tractavit, ita, ut, licet saepe nimius in refugio ad jus *Romanum* fuerit, jura *Carolina* tamen sedulo consuluerit, et singulas materias ex ipsis articulis, illustraverit, consequenter opus *pragmaticum* conscripserit, quod cum *ordine* tractationis, tum ipsa *applicatione* juris ad quaestiones propositas sese commendavit, et ne quidem hodie extra omne pretium est. Vestigia ejus mox pressit, et consulto frequenter utraque Berlichio et Theodorico ad jus criminale *majori* cum *apparatu* manum admovit Carpzovius in praesenti opere, quod magno cum applausu ab omnibus exceptum, et talem *auctoritatem* in foro accepit, qualem sibi alia hujus generis scripta, huc usque vix vindicare potuerunt. Confirmat praerogativam hanc cum *ubertas* materiarum, tum *diligens* earum discussio. Quis enim, qui leviori brachio librum hunc percurrit, ignorat, quantam industriam in conquisitione *casuum* ad singulas quaestiones, ibique propositas doctrinas illustrandas, collocaverit, modo, ut, quae ab aliis *vage* proposita, *specialius* determinaret, et hoc ipso, quantum intersit, *circumstantias* factorum in applicatione juris discernere, ostenderet? Quis industriam in dubium vocabit, quam per integrum opus in extraendo utroque *speculo* dicavit, adeo, ut vix quicquam, quod ex jure veteri *Germanico* scire proficit, prætermiserit, sed apud eos gratiam inierit, quibus aut sola notitia juris *domestici* in deliciis est, aut solida juris criminalis cognitio arridet, ad quam comparandam utique necesse est, ipsos *fontes* consulere. Quis non laudabit indefessum studium in consulenda, interpretanda, et applicanda lege *Carolina*, locis convenientibus subiecta, et

ita exhausta, ut opus fere pragmaticum, et in usum *judiciorum Germaniae* conscriptum recte dixeris? Quis denique non *judicium* probabit, quo passim JCtus de quæstionibus propositis ratiocinatur, et casus perplexos decidit, vel adhibitis *divisionibus* ac *limitationibus* ad certa principia revocat, certissimo indicio, eum non in solis corradendis diversimodis Doctorum *opinionibus* laborem consumsisse, aut, ut quidam inepte conjecerunt, solius *lucri* caussa scripsisse, a qua obtrectatione eum liberavit Kressius ad *Art. CXXXII.* sed *meditando* utique se exercuisse. Brevibus: opus nobis reliquit, quod cum, pro ratione *seculi*, quo conscriptum, non vulgari eruditione refertum, tum usum et pretium apud quosvis æquos rerum æstimatores imposterum obtenturum est.

Nihilo secius ex altera parte fatendum, doctrinas in hoc opere expositas non omnino ubique probari posse, sed variis *erroribus* refertas esse adeoque indigere interprete curioso, et a præjudicio *auctoritatis* prorsus libero. Caussæ in variis præjudiciis quibus Autor occoecatus fuit, quærendæ sive quod ad extremam *superstitionem* redeant, sive quod in traditis *Doctorum*, tanquam *oraculis* ultimo lateant, sive quod a nimio juris *Romani* cultu pendeant. Et *superstitionis* quidem plena sunt, quæ in doctrina de *magia* circa pactum et concubitum cum diabolo, nec non reliquas *sortilegorum* fabulas profert Carpzovius noster, in tantum a recta via alienus, ut ne quidem sibi ab *anilibus fabulis* probandis temperare potuerit, sed, ejurato prorsus ratiocinio, eas pro aris et focis defenderit, ceu farrago sententiarum in calce *Qu. L.* adiectarum docet. Non definiam in presenti, utrum et quid mores istius seculi, quo Carpzovius scripsit, pro excusando eo suppeditare queant. Mihi sufficit, de *perversis* doctrinis satis constare, quas præsens ætas vix fert, sed aut in *totum* rejicit aut *moderatiori* stilo tractat, ex quo in scholis *protestantium*, imo hodie ipsorum *Catholicorum* melior philosophandi ratio invaluit. Non multo dissimile est specimen, quod meditationes Autoris de *haeresi*, ejusque poena suggerunt, solo *prejudicio* de infausto hoc crimine vel quasi, firmatae, a quo tamen tantum non omnes hodie recedunt; et praetensum *errorem voluntarium*, ad quem omnia redeunt ad *ΑΣΥΘΗΑΤΑ* referunt. Latius patet, et in omnibus quaestionibus conspicitur, *alter* defectus, quem ex *autoritatis praejudicio*, seu vana persuasione de veritate certorum principiorum a JCtis semel adoptatorum repetii. Regnavit videlicet a pluribus inde seculis in scholis et foro fatalis illa Tirannis: dari nonnulla *dogmata*, quorum veritatem in *dubium* vocare nefas: nullam firmiorem rationem decidendi existere, aut majorem eruditionis speciem habere, quam quæ a cospiratione *Doctorum* h. e. ab *auctoritate* mutuata. In hac Schola edoctus *Autor*, saepius praeter necessitatem de coacervatione consentientium JCtorum et inveterata ad opiniones *communes* provocatione sollicitus est, sine debita inquisitione, num genuina ratione nitantur, an potius ad communes errores referendae sint. Eoque nonnulla *axiomata* refero, e quibus tanquam ex tripode passim Autor respondet, quae tamen, si paulo accuratius examinantur, parum cohaerentis ratiocinii

specimina sunt. Tale est, ad quod ubi de criminibus *atrocioribus* quaestio est, saepissime provocat; *in criminibus exceptis a regula deflectendum esse*. Quasi vero insolita et paulo acerbior poena sit argumentum, in qualicunque *probatione* acquiescendi, testes *inhabiles* audiendi, confessionem delicti, *qualem qualem*, etiam indirectam admittendi, torturam ob *leviora* indicia probandi, defensionem *restringendi*, et quae sunt ejus generis plura alia absurda, rectaeque rationi contraria, quibus innocentissimum quemcunque crudelitati sacrificare, facillimum. Et quid porro de praejudicio processus *summari*, unde inquisitio mensuram capere et de plano tractari jubetur, dicendum? Est, me hercle! hoc ex eorum numero unde quam plurimae male cohaerentes doctrinae propullularunt, et ratio diversitatis inter *accusationem et inquisitionem* efficta, ubi nulla est. Saltim sola *absentia* accusatoris processum non reddit *summarium*, aut *arbitrarium*, quum judex istius provinciam, in quantum de eruenda veritate delicti questio est, plenissime subeat. Multo minus efficit, ut *levato velo* procedendum sit, siquidem summum praejudicium, quod leges ubique judici inculcant, *aequales* cognitioni limites ponit, accusationem *solam* non gubernat. Si qua ratione ista qualitas in inquisitione admittenda nuda *formalia*, aut *apices* juris vix egreditur, ad indagationem veritatis ipsam, ejusque media necessaria non proferenda, quorsum ea, quae *probationis et defensionis* rationem in caussis criminalibus habent, refero, ut ipse de plano definit Imperator *Art. VIII. C.C.C.* Et tamen Carpzovius praeconcepta hac opinione se eousque fascinari passus est, ut etiam de his aliter in accusatione, aliter in inquisitione judicandum esse opinatus fuerit, quorsum ejus doctrina, de *interrogatoriorum* ad articulos probatoriales, quae ubique ad *defensionem* maxime conducunt, profligatione e processu inquisitorio, et admissione in eodem testium infra XX *aetatis* annum contra *l. 20. ff. de test.* refero. Denique quod juris *Romani* idolum attinet, id tantum non ubique Autorem ad devia seduxit, ansamque dedit, utriusque Romani et Germanici mixturae, unde non potuit non multiplex corruptela oriri. Equidem usum juris Romani e foro Criminali prorsus relegare velle, idem foret, ac *necessarium* subsidium ad judicandum adimere, quum multa ex jure Romano mutuata, in quibusdam judices ad illud nominatim a Carolo V. remissi, rursus plura capita in nemesi Carolina prorsus omissa, intuitu quorum illud non modo mirifice se commendat, sed absolute necessarium est. Ast qui exemplo Autoris *nimii* sunt in extollendis ejus decisionibus, vel sine ejus conspiratione sententiam probare sibi religioni ducunt, his non immerito dica scribitur, dum ex praeconcepta opinione de *universali* ejus autoritate, nihil non audent, quo planissimae veritates, *peregrinis* limationibus depravatae, prorsus destruantur. Speciminis loco sumto, quae *Qu. XLIII. N. IX.* de comparatione Statuum Imperii cum *praesidibus provinciarum* nugatur. Eodem pertinet disputatio de usu *culei* in foris Germaniae *Q. VIII.* quum tamen ignorare non posset, *suffocationem in aquis* ab indole culei toto coelo discrepare. Ex eadem haeresi fluunt, quae Autor *Qu. VII.* contra poenam

rotae in homicidio *proditorio* disputat, et *Sicarios* jure Romano ab homicidis *simplicibus* non distingui, urget, ut latus evici ibidem obs. 1. Ejusdem commatis sunt dubia, quae sibi ex jure Romano contra remittendum furibus, rem furtivam *restituentibus*, suspendium, obrepere passus est, neglecta juris *Carolini* liquida definitione, quam *Quaest. LXXX. Obs. III.* propugnavi. Nec aliud dicendum de nominatione socii, criminis sub *tormentis* praecise facienda quam ex scitis latialibus explicat infra *Quest. CXXI.* Possem hic per plures materias ire, et infaustos hujus corruptelae partus in medium proferre, quibus systema juris criminalis mirifice turbavit. Sed officio satisfecisse videor, quaedam digito tantum tetigisse. Interim fateri cogor, hunc naevum magis alios juris criminalis interpretes, quam *Carpzovium* ferire, nec adeo frequentia occurrere specimina hac haeresi infecta quod egomet ipse pro ratione saeculi *Carpzoviani* saepius miratus sum. Hoc certum eundem juris *Romani* sententiam ubique intermiscuisse; sed ipsae decisiones satis evincunt, quantum a Philosophia Romanorum saepe recesserit, etiam in iis articulis, quorum determinatio uberrimam occasionem ad hoc asylum confugiendi praebuerat. Certe in poena *incendiariorum* determinanda non pauci restrictionibus juris Romani plus justo indulgent, et *art. CXXV.* ex iis interpretandum esse censent; eo tamen non obstante Auctor sententiae juris Carolini mordicus adhaeret, et sine ulla *loci, damni, personarumque* distinctione rigorem legis defendit.

Tantum de Carpzovio, quem, non obstantibus naevis restauratorem juris criminalis nomino. Utinam vestigia ejus alii secuti fuissent, et in perpoliendo systemate juris criminalis operam insumsissent. Sed is labor nemini ad palatum fuit, praeterquam Antonio Mathaei *in Tr. de crimin.* qui magno cum *eruditionis* apparatu, *stilo* fluido et eleganti, insigni denique *judicii* acumine integrum jus criminale ad principia reduxit, et opus ita composuit, ut tantum non omnium applausum sibi conciliaverit, fit ut sit labor hic magis ad illustrandum jus *Romanum* compositus, Germaniae judiciis non nisi quoad *generalia* principia, ex jure Latiali subinde adoptata, inservit, interim non sine utilitate in scholis et forensibus negotiis hodie adhibetur. Reliqui scriptores, quotquot in hac arte se exercuerunt, aut in observationibus *sigillatim* collectis acquieverunt, aut solum eam partem, quae *processum* criminalem continet paulisper repurgare, et in ordinem redigere coeperunt, nemo integrum opus meditari ausus est. Ut enim commentatores Carolinae, de quibus notabilia habet Bayer *ad C. C. C. in praefat.* taceam, non levem famam in reformandis variis erroneis doctrinis sibi paravit Oldekop, qui *observationes* criminales, et in primis *Decades quaestionum* contra *Carpzovium* scripsit, homo in dica illi scribenda sagacissimus, ast in studio *contradicendi* audacissimus. In multis eventus ipsi feliciter cessit, dum utrumque scriptum docet, dispulsis per eum tenebris, passim varias veritates restitutas ac cum applausu adoptatas fuisse. Neque tamen *praejudicium*, quo contra Autorem semel imbutus, dissimulare potuit, vi cujus multa ab illo solide et recte discussa, specie *erroris* impugnare, eumque perperam contradictionis aut

absurditatis reum facere cogitavit. Unde scripta ejus cum *judicio* legenda, nec nisi post collationem cum ipsa tractatione *integrali* Carpzoviana dijudicanda, ne ex *singularibus* propositionibus a Carpzovio ipso in sequentibus satis *limitatis* universalis assertio trahatur, eidemque affingatur, de qua nunquam cogitavit, sententia, quo facto apparebit, in multis Oldekopium lapsum, Carpzovium autem recte ratiocinatum fuisse, ut in observationibus meis sedulo notavi. Veritas hujus rei ax pluribus capitulis imprimis ex Tractatu ejus de *appellationibus in causis criminalibus* apparet, cui, omisso, ut decebat, *statu controversiae* allotria immiscentur, et contra Carpzovium disputatur argumentis, ejus thesin parum ferientibus.

Ex his qui *processum* criminalem ordine concinno pertractarunt Brunnemannum, Kayserum, Thönnikerum, Granzium, Heilsium, Ludovicum nominasse juvabit, quorum scripta, uti in omnium manibus sunt, ita concionatore non indigent. Quod meritum Brunnemannus in jure privato generatim sibi acquisivit, eidem quoque in jurisprudentia *criminali* debetur. Acumen ingenii ac judicii ipsius per omnia capita se exserit, et methodus tractandi satis se commendat. Si quid in doctrinis Carpzovianis monendum observat, sive quod *erroneum* fuerit, sive quod thesin non *exhauriat*, diligenter discussit. Unde facile palmam reliquis praeripuit, et imprimis Kaysero ac Ludovico tantopere placuit, ut hi eum primario consuluisse pauca de suo addidisse videantur. Non minorem famam reliqui supra nominati scriptores sibi acquisiverunt, eo, quod passim variis naeris in foro abolendis incubuerint, et in instruendo iudicis officio imprimis occupati fuerint, nisi quod, dum ipsi *advocando* caussas in foro concionarunt, nimii sint in *favore reorum* extollendo, et quoties de capitibus ad *defensionem* rei pertinentibus agitur, plus, quam par est, reis indulgeant, minus quam decebat, adversus eos admittant. Qui excessus tamen, uti pretium hisce scriptis in totum non detrahit, ita utilitas eorum extra omnem contradictionem posita manet. Certe Heilsii scribendi methodus expectationem meam superavit, et quae *Granzius* non sine exemplo collegit, pretio suo non carent, quin imo multum et plus, quam farrago *Guazzini* profutura sunt iis, qui quotidie in foro circa expediendas caussas criminales occupati sunt. Et quid tandem de Bergero, JCto famigeratissimo, dicam, cujus *Electa* observationes non quotidianas continent, quibus collegia Saxonica huic jurisprudentiae succurrere studuerunt. Ipsa manuductio Bergeri brevis, abundat tamen passim meditationibus elegantia plebis, et repurgandae jurisprudentiae accommodatissimis. Uberiora dabunt *deductiones* variarum quaestionum forensium huic libello interspersae, unde reapse fructum uberrimum ceperunt, quotquot in hac jurisprudentiae parte sese exercuerunt, ut libri recentiores satis superque protestantur. Quicquid sit, nemo hucusque in hac provincia subeunda felicior Kressio, cujus diligentiam, elegantiam, acumen, eruditissima commentatio ad *Const. crim.* satis demostrat, et in universum tanto applausu ab eruditis accepta ut velut agmine facto in doctrinas ab eodem propositas pedibus iverint. Quotquot ante eum in leges Carolinas commentati sunt, nec eodem *erudictionis* apparatu, nec aequali *judicii* selectu quem interpretatio earundem exigit,

instructi opus aggressi sunt, sed methodo *scolastica* avocati plus operae in concortam analysin, quam in ipsa legum argumenta impenderunt, aut vulgarium ac *communium* opinionum traditione contenti, solidae principiorum disquisitionis parum curiosi fuerunt. Solum Beyerum excipio, cui haec praecipua laus manet, quod profundis ignorantiae ac errorum nebulis disjectis, ex omni parte lucem jurisprudentiae criminali foeneratus fuerit, et multo majora praestiturus fuisset, si paulo plenius, et non per *indicem* jus criminale tractare coepisset. Tanto majorem itaque laudem sibi comparavit Kressius noster, qui ut medicam manum jurisprudentiae criminali admoveret nil omisit, per quot fluctuanti praxi succurreret, et nexum limpidissimorum principiorum solide exponeret, multo illustrius, provinciam suam tuiturus, si integrum systema conscribere tentasset. Ut enim taceam eruditionis specimina, quibus ex jure *Germanico* leges criminales illustrare, et veram eas interpretandi rationem monstrare allaboravit, multum curae impendit, in reducendis genuinis criminum *rationibus*, et commendandis principiis jurisprudentiae universalis, nullibi, magis quam hic necessariis, tum in evolvendis juribus, *singulis* delictis propriis, denique in solerti manuductione ad *applicationem* jurium in speciebus singularibus suscipiendam.

Ita pedetentim nitori suo restituta jurisprudentia criminalis, et sperandum fore, ut industria eorum, qui hodienum in ea repurganda occupantur, majores capiat accessiones. Saltim occasio ad altiora perveniendi non deest, ex quo currente hoc seculo, mos invaluit in *academiis* hanc jurisprudentiae partem majori cum solertia tractandi, et praelectionibus academicis legum cultoribus genuina principia instillandi, quae eos ad meditationes excitare, et, si ad reformandum nati, longe facilius, quam eos, qui ex liberis sapere coguntur, praeparare solent, ut fructum inde in rempublicam litterariam reportent uberrimum. Olim non erat sic. Manuductio ad addiscendum jus criminale aut nulla, aut admodum frigida. Habuit haec jurius species, cum *feudali* fere communia fata. Neutra sigillatim et sic ex professo exposita, sed obiter, et aliud agendo, praelectionibus interspersa; illa in tractatione Tituli ff. *si ager vectigalis* haec in libris *terribilibus*, ad finem, ubi labor docentium et discentium plerumque frigescit, rejectis. Quid ergo mirum, quod sero sapere coeperint, et cum incommodo culturam suscipere maluerint discentes, ad quam citius pertingere potuissent, si de studiorum ratione olim magis solliciti fuissent majores. Si qua via jus criminale quondam addiscendum erat, sola *Constitutionis criminalis* analysi absolvebatur, quae salebrosa fuit, et in tanta articulorum confusione non multum utilitatis promisit. De *compendiis*, elementa hujus scientiae ordine concinno exhibentibus, et manuductionem solidam suggerentibus, nec vola nec vestigium. Primi quod scio, qui praelectionibus academicis succurrere tentarunt, fuere Kemmerich et Gaertnerus, uterque in compendio ad discendum et docendum aptissimo, sed breviori et vix scitu necessaria comprehendente, imo ad usum fori *Saxonici* potissimum accommodato. Is defectus mihi calcar addidit, ut, quum ab ineunte aetate hujus scientiae interiora, non sine

voluptate penetrassem, ipse de Elementis juris criminalis paulo plenioribus cogitarem. Absolvi laborem, in usum auditorii MDCCXXXII. susceptum, et meis praelectionibus quotidianis in hunc usque diem non sine fructu dicatum, exceptum quoque alibi satis benigno judicio, et in variis academiis ad manuductionem in praelectionibus destinatum, de quo felici successu in sinu gaudeo. Non multo dissimile institutum habuit, qui postquam meis elementis in academia Jenensi antea usus fuerat, ipse postea eodem modo compendium juris criminalis, satis bene compositum, conscripsit B. ENGAU quem multum praestitisse non invitus concedo, et ex animi sententia laetor. Superavit tamen si ex meo judicio res definienda hos conatus industria *Viri Clar.* MEISTERI, cujus synopsis non ita pridem publicata, concinniore methodo adornata, et varia observationum elegantia referta, plura promittens, quae ad illustrandum et amplificandam hanc jurisprudentiae partem imposterum conferre poterunt.

Habes, lector benevole, brevem enarrationem de *fatis* hujus studii, et condictionem, qua nostra tempora sibi blandiuntur in addiscendo applicandove jure criminali. Vereor autem, ut imposterum fatalem sortem sit subitura jurisprudentia criminalis, si quae passim maturescere, et occupare integra collegia videtur opinio de sententia *mitiori*, profligato omni prorsus *rigore*, in judicando eligenda, majora ceperit incrementa. Videlicet sunt quam plurimi, qui quicquid rigoris in legibus nostris superest, quam maxime cohorrent, sententiasque huc directas angue pejus vitandas esse perhibent, causati, semper praestare ut *mitissimis* suppliciis rei corrigantur, et media eruendi veritatem leniora durioribus praeferantur, paucis; ut *aequitas* applicationem legum in universum regere debeat. Probant hanc facilitatem, quae praxin admodum turbat, de nimia *culei* in parricidio severitate, vulgaris opinio, animis JCtorum eousque impressa, ut ea, qua pollere credunt autoritate, neglecta lege Carolina tantum non omnibus *parricidis*, sive misericordiam eorum implorantibus, sive ultro gladium vindicem imponant. Idem prorsus protestatur praxis *vivicomburii* contra incendiarios in lege Carolina decreti, in qua tam difficiles vulgo JCtos reperies, ut fere istaec poena obliterata et in *gladium* transmutata, saltim consuetudo, reum ante rogi inflammationem quovis modo extinguendi, probata videatur. Atque haec quidem, etsi in se vix probanda, tamen praejudicio *inhumanitatis*, quod plures, ad misericordiam natos, occupavit, facilius tolerari possent. Illud vero ferendum non est, quod *rigoris* ideam et contra eam comparatam *aequitatis* medicinam tantopere protrahant, ut horrore adversus *quamvis* poenam capitalem concepto paratissimi sint in dica huic scribenda, solisque poenis arbitrariis substituendis, nihil magis judicem decere rati, quam ut interpretratione legis capitale supplicium molliat, et eum in finem quamlibet *levissimam* ceu, ut vulgus loquitur, *fatuam* caussam admittat. Veritatem assertorum protestantur, quam vulgo de usu capitalis supplicii *raptoribus rerum* justissimis ex caussis in legibus nostris praescripti, interpretes fovent sententiam. Minatur raptori-

bus jus Carolinum *Artic. CXXVI.* abscisse *mortem*, et dum eam fatentibus omnibus ob laesam *securitatem publicam* minatur, non potest non quamcumque vim, tempore contrectationis *personae* illatam, etiam *prima* vice, non *armatam* inque aedibus *privatis* illatam, comprehendere, siquidem violatio securitatis omnibus his communis, consequenter definitio legis, quae ex *ratione* pendet *indistincte* locum habere debet. Hoc amplius, legislator, ut rei ob tam infaustum crimen extinguendi seriam voluntatem ostenderet, *Romanorum* scita pro agnoscenda ejus justitia in partes vocat, simul vero, ne *restrictiones* ejusdem probasse videatur, clausula DOCH AM LEBEN sibi prospicit, et ita *abscisse* ac *tenaciter* capitali supplicio inhaeret, qualiscunque demum ad illud eludendum effingatur circumstantia. Quis vero nescit, non infimae notae JCtos hodiernum contra poenam *capitalem* extra concursum *trium* circumstantiarum supra relatarum calamum stringere, et nescio, quod aequitatis involucrum pro eludenda ea confingere. Gemina in crimine *raptus* praxis evincit quod, admisso semel *matrimonio* cum raptore, poenam capitalem effugit, non quidem ex jure *Carolino*, quod ad jura *Caesarea* provocat *Art. CXVIII.* nec ex jure *Canonico*, cujus in cit. Art. nullam rationem habuit legislator, sed ex mero *misericordiae* capite, quod JCtos contra *sanguinis* poenam occupavit. Taceo in praesentiarum quae maxima turba interpretum de poena *furti* simplicis *magni* defendit, et non attenta *quantitate* legali pro *arbitrario* supplicio per modum *regulae* observando, proponit, *capitali* poena ad solam *exceptionem*, eamque rarissimam relegato, nulla alia quam *mitioris* sententiae tuendae ratione. Ipsemet ego magna cum *praecautione* de poena *mortis* in *furto* statuendum esse suo loco docui, eaque ratione *aequitatem* agnovi, quatenus *justa* et *probabili* caussa temperando rigori inservit. Verum arbitrarium supplicium construere, et non nisi ex *magna* caussa ad poenam capitalem confugere *intempestivae* misericordiae argumentum, et perinde est, ac definitam mensuram *quantitatis legalis* cum ea quae huic superstructa sanctione, inanem reddere. Si arbitrarium supplicium minari voluisset Carolus V. determinatione mensurae *quinque* solidorum supersedere potuisset. Hac vero semel probata, manifeste *pugna* inter hanc et arbitrarium supplicium per modum *regulae* substituendum, non potest non emergere.

His principiis tincti in omnibus aliis delictis coërcendis, nisi facti *atrocitas* exemplum exigat, *quamcunque* circumstantiam levidensem captant, modo ut colorem habeant, adoptatis principiis velificandi, et rigorem definitum, si non *penitus* submovendi, saltim *nimium qnantum* temperandi. Sic fit, ut quae pedetentim per jus Carolinum a pristinae *incertitudinis* naevo purgata erat jurisprudentia criminalis in arbitrariam ac incertam convertatur, quae quam noxia sit republicae nemo non videt. Cogitare debebant, qui ad corrumpendam ita jurisprudentiam nati in tanta hominum malitia *rigorosis* poenis opus esse, ut scelerati in officio contineantur; parum vero prospici saluti publicae, si qui *estrema* tentant *impune* se laturos, vel quod ipsis perinde est *tolerabiles* poenas se subituros, augu-

rantur. Haec enim conniventiae spes tantum abest, ut humanitatis sensum imprimat, ut corrigendae *voluntatis* incitamentum sit, ut potius cum ea conjuncta spes *felicioris*, aut saltim non adeo noxii eventus, eos fortius in capiendis pessimis consiliis obfirmet, et ad *majora* mala provocet, immo longe *gravioribus* periculis implicet, unde exitus tandem difficillimus. Brevibus: corrupta nimis mitescentis seculi disciplina, dum de delicto convictis prodesse cupit, iis ipsis periculosa, reipublicae vero admodum noxia esse incipit. Equidem *humaniori* jurisprudentiae non invideo, aut dicam scribo, sed contra *abusum*, et *nimiam* ac *promiscuam* rigoris temperaturam, quae tandem in *imbecillitatem* degenerat, disputo. Nulla praestantior est virtus in judiciis, quam quae a studio *aequitatis* repetitur, si haec fuerit *vera* et a *legibus* positivis suppeditata, sive quod *nominatim*, eam sub provocatione ad *arbitrium boni viri* alicubi commendet sive quod lex *ambigue* et parum *definite* de poena capitali disponat, sive quod, dum in definienda poena occupatur caput poenale non *exhauriat*, quia sic genuinae interpretationi utrobique amplissimus, campus relictus. Sin *cerebrina*, nulla solida *ratione* suffulta, imo potius *clarae* legi contraria, aut saltim ad *eludendam* legis sanctionem parata, tanto perniciosior est in republica, quanto magis *incorrupta* justitia sub ea vilescit, omnisque sanctio paulo rigorosior, *effectu* spectato, inutilis futura est. Praestat ubique legis auctoritatem sequi, quam praetextu *minimae* severitatis vim ejus, quavis, etiam *levissima* ex causa suspendere. Hoc qui faciunt, faciunt autem omnes, quos *fratrum misericordiae* nexus copulavit, quid aliud agunt, quam quod invasionem jurium *majestaticorum*, a qua leges autoritatem suam accipiunt, spirat. *Legislatorum* est., quid justum in republica definire, *judicum*, et *JCtorum* vero leges commodo interpretatione applicare, non de legibus, earumque rigore judicare, aut *arbitrarium* jus in forum propellere. Verendum autem est, ut tandem tale omne jus criminale futurum sit si vulgaris illa de *praeoptanda* in judicando *mitiore* sententia, majora ceperit incrementa. Ingenuum ea de re est testimonium Leyseri *ad ff. Sp. DCXIV. Medit. V. In plerorumque*, inquit, *animis, nescio quo infelici fato, opinio haec reipublicae pestilentissima; quod judicem maleficis, quantum potest, parcere, et in puniendo mitem esse oporteat, altissimas radices egit. Huic, si Diis placet, egregiae doctrinae innumerabilem furum et latrunculorum multitudinem, qua obruimur, huic effrenatam adulterorum audaciam debemus. Qui contra sentiunt, Carpzoviani carnifices vulgo appellantur; quod convitium mihi ipsi aliquando a viro non incelebri factum recordor. Ego vero id non defugio, sed ambio magis tanquam honorificum et reipublicae salutare. Itaque passim in scriptis meis Carpzovii memoriam recolo, sententiasque ab aliis duritiae insimulatas et neglectas quantum in me est, reduco.* Rursus idem. *Sp. DCXLV. Med. IV.* scribit: *Quando moderatio poenae lege sancitae ex gratia petitur, solius principis inspectio et judici, qui sibi hic quid arrogat majestatis crimen extimescendum est. At ubi ista ex justitiae et interpretationis juridicae regulis flagitatur, co-*

gnitio ad magistratum pertinet, qui legem duram, et clare loquentem ex aequitate mollire et temperare potest, siquidem videt, voluntatem et rationem legislatoris ad casum praesentem sese non extendisse. Et hoc est quod lex 18. de leg. leges benignius interpretandas esse dicit, quo voluntas earum conservetur, quod secundum L. 155. § ult. de Regul. jur. in poenalibus caussis benignius interpetrandum est, quod per L. 168. pr. de Regul. jur. rapienda occasio est, quae praebet benignius responsum, et quod in L. 16. de poen. judex in poenis jure constitutis exigendis solicite circumstantias inspicere, ac pro earum ratione diversimode punire jubetur.

Non minoris momenti ad compescendum pruritum nimiae *facilitatis* in summovendis poenis paulo gravioribus est alia inspectio, cum antecedentibus merito jungenda. Videlicet delicta sunt *duplicis* generis, aliorum exercitium regit aut *imbecillitas* humana, quorundam praxis, merae *malitiae*, et *improbitati* unice ad *nocendum* paratae debetur, quorsum non modo, qui *artificiose* delinquunt, verum etiam qui ex mera *protervia* et *pessimo* hominis caractere, quicquid agunt, suscipiunt. *Illorum* non adeo sunt hostiles conatus, primario ad explendam *libidinem* vergunt, laesionem aliorum non nisi per *indirectum* intendunt. *Hi* unice ad laedendos alios animati, nil cogitant, nisi quod ad facta *exitiosa*, ac *improbiora* comparatum. In illa scelera homines magis *furore*, et parum deliberato consilio ruunt. In his *astus, insidiae, persecutiones, deliberatio maligna, funesta eversio* omne punctum ferunt. Illuc refero *adulteria, bigamias, incestus*, quibus satis turpitudinis et scandali inest ad conpescendos nefarios ausus, multum vero *imbecillitatis*, saepe societatis *domesticae* ratio, et favor *innocentis*, de quo *Qu. LI. Obs. I.* egi, cohaeret, ad commovendum judicem, ut vel *leviori* caussa concurrente rigorem suspendat. Huc vero *furta, incendia, rapinas, homicidia, stupra violenta* refero, quae aut *praedeliberatum* consilium, aut concurrens *securitatis* publicae turbatio infamat, nec quicquam aliud, quam sufficiens in lege, ejusque ratione fundata circumstantia a severitate excusat. Ut itaque, qui in *illa* incidunt melioris sint conditionis, summa ratio, cui quilibet legislator se conformare voluisse censetur, postulat, quasi ista peccata magis *imbecillitatis*, quam *proterviae* sunt monumenta. In *his* vero qui famosi sunt, nihil habent, quod adeo movere posset judicem ad benignum judicium, quandoquidem, quicquid eos movet, et in legis transgressiones trahit, eximia animi *improbitate* absolvitur.

Loquor de ejusmodi criminosorum *ordinariis* studiis, et de eo, quod eos *plerumque* determinat, non de casibus *singularibus* quibuscum saepe *peculiares* circumstantiae conjunctae, quae aut temperamentum ob animi impotentiam suadent, etsi delictum per se *improbissimum* fontem habeat, aut rigorem ob sceleratam intentionem exigit, quamtumvis alias *imbecillitatis* monumentum sit. Deinde si aliquando utrobique a regula recedendum, id non promiscue et ob solam *communem* delictorum indolem, sed ob concurrentes caussas *speciales* faciendum, ita, ut haec, tametsi non adeo

liquidae fuerint, per illam magis munitae, judicem in usurpando rigore vel mollicie obfirment. Mihi interim ostendisse sufficit quam lubrica sit omnium criminum ad *eandem* mensuram exactio, et quantam iniquitatem sapiat, iis promiscue parcere velle, qui non nisi in *perniciem* aliorum machinantur, et quicquid moliuntur, incendia, depredationes, caedes, improbasque fraudes pro scopo habet; e contra quantam humanitatem ipsa quorundam delictorum indoles exigat. Praestat itaque vel ex hoc capite nimiae facilitati in molliendis ac eludendis poenis capitalibus nuncium mittere, et non nisi cum hoc *temperamento* doctrinas, de servandis reis contra quemcumque rigorem, probare.

Alterum quem hodie observo naevum constituit nimia judicantium *scrupulositas* et difficultas in admittenda persuasione eorum momentorum, quibus superstructa definitio tum mediorum *veritatem* eruendi, tum ipsarum *poenarum*. Pertinet haec querela ad processum criminalem et imprimis ad *corpus delicti*, circa quod vulgo tot dubia movere solent, ut vel haec ambiguitas remoram injiciat sententiis ferendis, aut judices nimis conscientiosos cohibeat, quo minus, ut decebat, pronuncient. Dum enim de probationibus *luce meridiana clarioribus* solliciti sunt, in applicatione ingentes scrupulos movent, et tandem eo perveniunt, ut veritatem, quam *moralem* esse oportebat, in *mathematicam* convertant, nihil omnino probantes, nisi quod omnis contradictionis expers est. Quanta depravatio judiciorum criminalium exinde nata, et hodienum nascatur, praxis quotidiana docet, uti in *singulis* delictis, ita in specie in criminibus *carnis*, quorum certitudinem unice ab *utriusque* concumbentis *confessione* repetunt interpretes, satis notati a Wernhero *de cerebr. cert. corp. del.* Probanda utique et cummendanda judici curiositas: ad haec sedula indagatio factorum, utique desideratur, ne in rebus tanti praejudicii quales sunt criminales turpiter erretur. Ast talis cespitatio, quae usum legum prorsus *inanem* reddit, et notionem *certitudinis* plus aequo extendit, dum prodesse videtur, in gravissimam noxiam ac corruptelam degenerat. Ut enim taceam leges nostras nullibi officium judicis ad *matematicas* veritates adstrinxisse, sed, quicquid ad eruendam veritatem praeceptum', *civiliter*, et quantum *natura* actionum admittit, intelligendum esse, absurdum mihi omnino videtur, majore certitudine requirere velle, quam qualem ipsa natura actionum moralium admittit. Absoluta factorum veritas vel nulla, vel rarissima est. Possem hoc thema variis observationibus exornare, si ratio instituti id permitteret. Verum, quia mihi ipsi hac in re otium feci *Quaest. LX. Obs. I. Quaest. LXXVII. Obs. VI. Quaest. LXXXI. Obs. I.* et quantum satis contra istud praejudicium disputavi, filum merito abrumpo, ea de indole jurisprudentiae criminalis digito indigitasse contentus, quae praxi quotidiana comprobantur, et ex mea quidem sententia vix ac ne vix quidem probanda. Utrum acu rem tetigerim an nimius fuerim in reprehensione', aequi et a *partium studio* alieni lectoris judicio relinquo; eidemque arbitrio committo quantulascunque operi huic adjectas observationes, quibus, quantum in me fuit, subvenire jurispru-

dentiae criminali tentavi. Ipsi labores mei satis comprobant, me non modo in corrigendis erroneis CARPZOVII doctrinis occupatum fuisse, sed etiam *defensorem* ejus, ubi opus erat, egisse. Utrique officio implendo amplissimum campum praesens opus suggessit. Et de *erroribus* quidem *Carpzovianis* dudum conquesti sunt scriptores, eosque in scriptis suis hinc inde sub examen vocarunt. Horum vestigia secutus sum, et quae ex eorum monitis fundata visa, calculo meo vel probavi, vel aliquando paulo exactius, debita tamen, quae virum bonum decet, *modestia* exposui. Quae in defendendo CARPZOVIO contra iniquos quorundam insultus praestiterim, meditationes meae evincunt, imprimis quas OLDEKOPIO, affectibus suis nimis indulgenti, et limpidissimas veritates caeco quodam *contradicendi* studio impugnanti, opposui. Imprimis in eruendo jure *Carolino*, ejusque solida interpetratione ubique desudavi, modo ut jugum opinionum *communium*, sub quibus gemet haec jurisprudentia profligarem, et nimium juris *Romanis* amorem, altas radices ubique agentem, ex animis recte judicantium eximerem, vindicato juri *germanico*, et principiis jurisprudentiae *universalis* sua autoritate. Quumque Autor ad usum *forensem* hocce opus unice composuerit, etiam mihi religioni duxi, terminos hos egrediendi, criticumque calamum pragmaticis quaestionibus ac disputationibus immiscendi. Si quae forsan ad illustrandas *antiquitates* germanicas, imprimis in materia de *poenis* delictorum, irrepserunt, pauca erunt, nec tamen, ut spero, lectoribus ingrata, aut sine omni utilitate futura. Praeter jus commune, de juribus locorum *particularibus*, in quantum tempus laboribus indulsit, sollicitus fui, consultis imprimis melioris notae Scriptoribus *Catholicis*, ut, quae juris criminalis in foris *Catholicorum* facies a praxi *Protestantium*, sive ex ipso *religionis* influxu, sive ex *usu forensi* diversa est, eo melius innotesceret, et opus hoc omnium usibus in Germania inservire posset. Id enim imprimis in votis habuit *Vir integerrimus* FRANCISCUS VARRENTRAPP, qui, ex quo propositum, hoc opus denuo typis exprimendi, mecum communicavit, et a me spicilegium *observationum* efflagitavit, hanc legem per quam officiose mihi dixit, ut, quantum fieri potest, praxin *Catholicorum* conquirerem, et testimoniis fide dignis illustrarem. Qua in re eo promptius morem gessi, et FROELICHIO, BLUMENLACHERO, KIRCHGESNERO, aliisque inter Catholicos in hocce studio famosis JCtis, in partes vocatis, cum consensum, dum dissensum notavi, quo magis, ob varias caussas, discrepantem vel concordantem usum forensem scire interest. Vale. *Francofurti ad Viadrum*, Ipsis Idibus Decembris, CIↃ IↃCC LVII.

INDEX OBSERVATIONUM

AD

BENEDICTI CARPZOVII

PRACTICAM RERUM CRIMINALIUM.

AD QUAEST. I. Num. 13.

Vera notio homicidii dolosi simplicis, et qualificati.

N. 62.

Culposum aequae ac dolosum delictum est voluntarium. Notio animi homicidii directi et indirecti. Animus indirectus aequae ad dolosum pertinet. Sententia eorum, qui illum ad culposum restringunt, examinata. Explicatur l. 38. de poen. Rejicitur distinctio inter dolum generalem, et specialem. Beierus taxatur. Conditiones, sub quibus animus indirectus capite coercetur. Indirectus animus homicidio simplici proprius, non qualificato.

QUAEST. II. N. 27.

utochiria quatenus in Latio reprobata. Juris divini sententia.

N. 31.

uris germanici principia de autochiria. N. 50.

Verus sensus juris Carolini de poena propricidii. In dubio nemo dolosus autochir.

N. 55.

Notio conatus. Regulae ad quas poena conatus exigenda. In atrocioribus conatus proximus capite vindicatur.

AD QUEST. III. N. 58.

Praesumtiones de animo homicidii ex consensu circumstantiarum pendent et variant.

N. 63.

Armorum letiferorum notio. Autor contra Leyserum defensus. Lethiferis an accenseri debeant arma ludrica, Enses, tormenta ignifera, scala, culter?

AD QUAEST. IV. N. 32.

Mandatum ad delinquendum concursum ad crimen alterius constituit. Jussus rei turpis num executori prosit? Caedes licita quatenus tertio committi possit? Excessus an noceat mandanti?

AD QUAEST. V. N. 40.

Error in persona occumbentis circa poenam nil mutat. Quid si quis pro patre tertium, vel in statu defensionis innocentem necaverit?

AD QUAEST. VI. N. 21.

Ira impedit, non tollit voluntatem. Plerumque poenam ordinariam temperat, saepe omnem vindictam tollit. Conditiones ad quas haec doctrina restringenda.

AD QUAEST. VII. N. 32

Differentia homicidii dolosi et insidiosi. Species insidiosi. Proditorium non gladio, sed rota vindicandum.

AD QUAEST. VIII. N. 15.

Culeus in Germania ignotus substituta immersione in aqua.

N 47.

Notio vocis Sippschafft Leyserus notatus.

AD QUAEST. IX. N. 10.

Parricidium filii illegitimi, cujus plures se parentes esse, professi.

N. 24.

Lex Pompeja de parricidio ad adoptivos non pertinet.

N. 27.

Vivide fossio parricidarum abrogata. Non usus et durities suffocationis in aquis impugnatur. Haec suffocatio in infanticidio aequissima. Leyserus refellitur.

N. 31.

Nece infantis a matre commissa, impregnator fustibus caedendus.

N. 61. sq.

Omissa dolose umbilici obligatione, vel denegatione alimentorum, suffocationi locus.

AD QUAEST. X. N. 9.

Espositio etiam ex tempore fit periculosa. Animus directus necandi per torturam eruendus, licet expositio sit liquida. Expositio merito suffocatione in aquis coercenda. Bejerus notatur. Expositio infantis ab extraneo facta gladio luitur.

N. 12.

Infante exposito servato, non capitalis sed corporalis poena obtinet.

N. 24.

Infante incolumi reperto, aliquando mitior poena. Honoris conservandi exceptio quatenus admittenda? Sponsa constuprata partum exponens mitius punienda.

N. 28.

Alimentatio expositorum ad quem pertineat? In dubio habendi pro illegitimis.

AD QUAEST. XI. N. 4.

Fata distinctionis inter partum animatum et non animatum.

N. 7.

Terminus embryonis vitalis alius de jure Saxonico, alius de jure communi.

N. 11.

Abortus in matre suffocatione, in tertio gladio vindicatur, sive fuerit pater, sive extraneus.

N. 25.

Paena percutientis ac terrentis gravidam.

N. 27.

Dubia Hoffmanni contra existentiam abortivorum refelluntur.

N. 33.

Parricidium omittendo commissum.

N. 36.

Cum muliere in latrinam partum ejiciente quomodo procedendum?

N. 55.

Scientia, sine auxilio vel promotione, poenis parricidii non subest. Autor contra Oldekopium defensus.

N. 59

Fata vindictae in procurata sterilitate. Corpus delicti hic incertum.

AD QUAEST. XII. N. 17.

Uxoricidium gladio cum aliqua exasperatione coërcetur. Aliud de caede desponsatorum.

N. 56.

Divortium ob saevitia.

AD QUAEST. XIII. N. 46.

Exasperatio poenae homicidii ob

AD QUAEST. XIX. N. 27.

Corpus delicti in assassinio. Requirit pactum praecedens. Poena proxenetarum.

N. 34.

Assassinium in consanguineum quomodo puniatur?

N. 63.

Conatus assassinii proximus gladio expiandus.

AD QUAEST. XX. N. 3

Quale veneni commercium prohibitum?

N. 29.

Sexus num habeatur ratio in poena veneficiis Wernhero dica scribitur. Soffocatio num saevior rota?

N. 45.

Parricidii venefici poena. Conjugum vividefossio.

AD QUAEST. XXI. N. 6.

Veneni propinati argumenta.

N. 12.

Malitia veneni a medicis exploranda. Vomitoria et experimenta sympathetica veneno proxima.

N. 23.

Philtri porrectio capitalis defenditur. Corpus delicti firmatum contra Hoffmannum.

N. 32.

Cerevisia veneno tincta. Animalia veneno corrupta. Veneficium culposum medici vel medicastri.

N. 45.

Venificium sola nociva veneni porrectione absolvitur. Variae interpretum sententiae, de sensu art. CXXX.

AD QUAEST. XXII. N. 5.

Notio latronis, et grassatoris ex jure Romano.

N. 6.

Quid Mord, Todtschlag? Poena rotae in latrocinio justissima.

AD QUAEST. XXII. N. 18.

Qualis intentio latronem constituat?

N. 23.

Latrocinium ad certa loca non restringendum.

N. 37.

Latrocinium animo indirecto non committitur, nec ob justum dolorem excusatur. Inter plures sola conventio ad necandum requiritur non operae proxeneticae in executione facinoris.

N. 58

Latro est qui impregnatam, ne struprum manifestetur, necat.

N. 68.

Spoliator qui resistentem perimit, num latro sit?

N. 91.

Conatus proximus in latrocinio capitalis.

AD QUAEST. XXIII. N. 11.

Dignitas, nexus ministerialis, coniugalis, aliaeve caussae poenam intendentes.

N. 17.

Iteratio poenam latronis exasperat.

N. 64.

Exasperatio rotae varia.

AD QUAEST. XXIV. N. 26.

Impregnator stupratam necans ut latro punitur.

N. 28.

Caedes purpurati odio privato commissa ad crimen majestatis non pertinet.

N. 32.

Caedes heri, et praefecti militaris aggravat poenam. Haec aggravatio etiam ad homicidium simplex pertinet.

N. 38.

Caedes in infirmum et dormientem commissa gravior.

AD QUAEST. XXIV. N. 59.

Crudele mordrum atrocem poenam exigit.

AD QUAEST. XXV. N. 8.

Caede in turba commissa, auctor eruendus. Aliquando omnes socii mox extraordinariam poenam subeunt.

N. 18.

Homicidium per conspirationem consensum sociorum efficacem, expressum, et ad necem directum requirit. Conventio ad vulnerandum non sufficit.

N. 23.

Caedes in turba repentina solum auctorem ad mortem condemnat.

N. 32.

Quidsi ex pluribus lethaliter vulnerantibus de primo vulneratore constet, vel non?

N. 36.

Ex pluribus sociis magis gravati torquendi. Aliquando omnes mox extra ordinem coërcendi.

AD QUAEST. XXVI. N. 18.

Vulnerato mox diem absolvente, inspectio ad poenam capitalem imponendam non absolute necessaria. Alii casus, in quibus necessitas inspectionis exulat.

N. 22.

Notio vulneris per se et per accidens lethalis. Communis doctrina examinatur.

N. 54.

Necessitas sectionis impugnata defenditur. Jure divino ac romano ignota. Sensus l. f. ad l. Corn. de sic. Prima semina sectionis in jure canonico. Ratio inspiciendi cadaveris ex jure germanico. Numerus, juramentum, qualitas sectorum. Competentia judicis. Scabinorum concursus. Fides et officium actuarii. Praesentia rei num desideretur? Utilitas praesentis judicii. Sectio a solo medico peracta defenditur. Rationes Bergeri. Novae rationes. Dubiis occurritur.

AD QUAEST. XXVII. N. 4.

Culpa lata dolo in capitalibus non aequiparatur.

N. 49.

Fundamenta homicidii culposi. Variae ejus species. Ratio poenae. Homicidium in volentem dolo an culpa constet?

N. 50.

Homicidium casuale quid? A demente, ebrio, noctambulo commissum, quale?

AD QUAEST. XXVIII. N. 16.

Homicidium casuale et necessarium in Germania compositioni subjectum.

N. 26.

Moderamen offensionem injustam ac repentinam supponit. Explicatur art. CXL. Homicidium ob famem extremam. Inter provocantes cessat ratio defensionis. Periculum vitae, membrorum, pudicitiae, bonorum, non status externi probatur, defensio omnis mere subsidiaria.

AD QUAEST. XXIX. N. 11.

Examinatur distinctio inter excessum defensionis et inculpatae defensionis; vera notio excessus defensionis.

N. 35.

Vindictae cupido intercedens servatis defensionis finibus non nocet.

N. 49.

Auctor rixae unde cognocendus? Differentia ab auctore pugnae.

N. 63.

Minae praesentes non nisi cessante judice defensionem fundant.

res primario pertinet. Nec loci, nec personarum ratio habetur. Inter cives ejusdem territorii committitur.

AD QUAEST. XXXVI. N. 45.

Effractio carceris ab extraneo facta quando capitalis sit? Kressius notatur.

N. 32.

Status Imperii de hoc crimine cognoscunt, aeque ac camera.

AD QUAEST. XXXVII. N. 20.

Diffidationis natales, justitia. Sine debita clarigatione infambat. An verbis fieri potuerit?

N. 41.

Diffidationes sine periculo universitati imminente nullae.

N. 34.

Defectus animi minas exequendi a diffidatione non excusat.

N. 34.

Casus permissae diffidationis ex Art. CXXIX. explicantur. Maximilianus male auctor constitutionis criminalis arguitur.

N. 57.

Quaenam conditio injuriae adiecta reatum obfirmet, vel tollat?

N. 69.

Differentia minarum simplicium a diffidatione.

N. 70.

Modum cavendi securitas determinat. Judex ex officio cavere jubet. Ob damnum irreparabile carcere, alias fidejussoribus cavendum. Num juramento vel repromissione? Temperat cautionem qualitas personarum, professio, tempus, causa minarum, status animi minatoris.

N. 96.

Alimenta minatoris incarcerati.

AD QUAEST. XXXVIII. N. 7.

Poena incendiariorum jure Romano non ex damno dato aestimata.

N. 18.

Incendium qualificatum et simplex. Ratio poenae capitalis. Flamma sufficit, non consumtio aedificii requiritur. Conatus in qualificato capitalis.

N. 38.

Poena incendii non ex jure Romano aestimanda.

N. 83.

Exasperatio poenae ob reiterationem.

AD QUAEST. XXXIX. N. 8.

Poenitentia quatenus mitiget poenam?

N. 26.

Juventutis ratio. Alicubi plena pubertas ad poenam capitalem necessaria.

N. 38.

Culpa lata corporali poena coërcetur.

N. 57.

Dominus ex incendio culpa famulorum excitato non tenetur, nec is cujus inimicitiae occasionem dederunt.

N. 70.

Culpa exorto incendio ab allegante probanda.

AD QUAEST. XL. N. 10

Quid vis publica et privata? Utraque appellatio mere subsidiarie est. Variae species vis publicae.

N. 19.

Natales pacis domesticae. Indoles ejus specialis. Poena turbatorum.

N. 29.

Raptus, crimen non carnis sed vis publicae. Poena juris Romani et hodierni. In honestas non mere-

AD QUAEST. LI. N. 64.

Severitas judicii in adulterio exul. Inquisitio in illud coarctanda.

AD QUAEST. LII. N. 15.

Vindictae privatae restrictiones in Latio. Hodie justus dolor impunitatem producit. Perinde est, utrum maritus adulterum, an uxorem perimat. Idem uxori in maritum licet. Etiam sponsus impune vindicat. Qui actus lascivi huc pertineat? Excessus arbitrarie coërcetur.

N. 41.

Historia poenae adulterii in Latio.

N. 48.

Jure Romano ac divino adulterium in nuptam tantum committitur. Notio adulterii hodierna.

AD QUEST. LIII. N. 27.

Caussae indulgentiae in sexu sequiori. Merito uterque sexus eandem poenam expectat. Dissensus jurium Germanicorum in puniendo adulterio.

AD QUAEST. LIV. N. 28.

Error Autoris in explicando speculo Saxonico. Jure veteri Germanico adulterium capitale.

N. 63.

Maritus solutae cohabitans hodie extraordinariam paenam subit, quod taxatur. N. 46.

Dissensus in Saxonia circa paenam mariti cum soluta concumbentis.

N. 56.

AD QUAEST. LV. N. 16.

Intercessio innocentis ex jure Romano orta. Ad reliquias sacramenti non pertinet.

N. 49.

Tacita remissio ex concubitu innocentis colligitur. Quidsi innocens ignoraverit vel praesumserit adulterium?

AD QUAEST. LV. N. 55.

Praesumta remissio ex morte innocentis. Dubia contra eam.

N. 75.

Utrum mutuum adulterium vim intercessionis habeat cum distinctione explicatur.

N. 78.

Conditionata remissio defenditur contra Autorem. Conditio, ne nocens in thorum recipiatur, nullius momeuti est.

N. 104.

Solus matrimonii favor sine injuria intercedenti illata non prodest.

N. 114.

Etiam in duplicato intercessio effectum habet. Quando in Saxonia? Quid si coitio cum eadem adultera iterata sit?

N. 126.

Intercessio soluto quoque prodest. Autor contra adversarios defensus.

N. 130.

Nec innocens revocare intercessionem, nec nocens supplicium capitale optare potest.

AD QUAEST. LVI. N. 35.

Concubitus cum desponsata non adulterium est. Ejus vindicta. Utrum remissioni locum det?

N. 90.

Intercessio innocentis desponsatis prodest.

AD QUAEST. LVII. N. 21.

Coitus cum muliere vulgari excusatior. Hodie non interest sciverit, an ignoraverit ejus conditionem.

N. 26.

Coitio soluti cum muliere vulgari.

N. 78.

Nominatio primi adulteri ab adultera facta quatenus posteriori prosit?

AD QUAEST. LVIII. N. 29.

Absentia non desertio innocentis adulterium mitigat. Desertio ab adultero caussata ei non prodest. Ad quod spatium temporis absentia restrigenda? Adulterium durante desertionis processu.

N. 69.

Nocens a successione innocentis exclusus: uxoris et mariti eadem ratio. Privatio lucrorum dotalium ob adulterium, vel desortionem. Quid si divortium in contumaciam decretum, quatenus privationis locus sit?

AD QUAEST. LIX. N. 20.

Quinquennalis praescriptio in adulterio.

N. 28.

Duplicatum attentatum in Saxonia quinquennio praescribitur.

N. 40.

Praescriptionem in criminalibus judex supplet.

N. 43.

Ignoratum à judice adulterium praescribitur.

AD QUAEST. LX. N. 32.

Necessitas utriusque Correi confessionis rejicitur, sententia Baueri examinatur.

N. 44.

Vis confessionis indiciis vallatae sive in tortura edita, sive extra eandem.

N. 56.

Fictae confessionis nullus usus in caussis capitalibus.

AD QUAEST. LXI. N. 13.

Cerebrinum corpus delicti in seminis immissione.

N. 20.

Impotentia antecedens non subsequens conjugem excusat.

AD QUAEST. LXI. N. 23.

Non absentia sed denegatio debiti conjugalis adultero prodest.

N. 47.

Dolus adulterorum scientiam condictionis illius, quocum coitio fit, supponit.

N. 57.

Vera ratio cur separatio quoad thorum et mensam reatum adulterii mitiget. Etiam nocenti prodest.

N. 61.

Blanditiae, imperium herile temperant reatum.

AD QUAEST. LXII. N. 49.

AEtas senilis adulteris non prodest.

N. 58.

Occasio adulterio ab innocente subministrata, matrimonium cum aversatione contractum, remissiorem faciunt poenam.

AD QUAEST. LXIII. N. 17.

Divortium totale ex doctrina Christi, pontificiorum, et evangelicorum.

N. 64.

Coelibatus nocenti iminens. Ejus indoles et praxis.

N. 63.

Matrimonium cum ancilla ob errorem nullum. An cum infami bona fide contractum?

AD QUAEST. LXIV. N. 18.

Incostantia Justiniani. Privatio lucrorum in adulterio praesumto, vel divortio in contumaciam decreto utrique conjugi communis. Comprehendit portionem statutarium. A tempore adulterii effectum habet. Heredibus innocentis prodest. Judicio criminali communis est. Cessat post recon-

AD QUAEST. LXXIV. N. 74.

Num intercessio in adulterio incestuoso ob supervenientem affinitatem impediatur?

N. 101.

Status controversiae. Testimonium Pauli Ulpiani Marciani, quod incestus ad l. Jul. de adult. pertinuerit. Variae legum huc pertinentes inscriptiones. l. 4. de quaest. explicatur. Ex indole criminum carnis ulterius concluditur. Praescriptio quinquennalis in incestio ex Ulpiani et Papiniani testimonio. Falsa interpretatio l. 39 § 5. ad l. Jul. de adult. notatur incestus qua talis non est contra jus naturae. Praxis quinquennalis praescitionis ex variis rebus judicatis.

AD QUAEST. LXXV. N. 10.

Rigor juris germaniae in stupro violento.

N. 14.

Vis compulsiva in stupro violento. In masculum quomodo committatur? Vis requiritur magna et praesens, aliquando comminatio de malo futuro, personae illata, perdurans.

N. 20.

Iteratio, locus, facti qualitas exasperationem poenae capitalis suadent. Ausi criminis poena quando intendatur?

N. 26.

Remissio conjugis innocentis nullum hic effectum habet. Facilius favor matrimonii, si solutus solutam per vim compressit.

N. 99.

Seminis immissio hic non attenditur, inspectio ocularis tamen aliquando recte probatur.

N. 51.

Furori juvenili aliquid dandum.

AD QUAEST. LXXV. N. 56.

In meretricem stuprum violentum non committitur. An in stupratam?

N. 64.

Quousque conatus in hoc crimine duret? N. 78.

Matrimonium inter stupratam et stupratorem postea contractum cur poenam mitiget?

N. 88.

Praesumtiones unde vis colligitur. Utrum silentium stupratae, vim postea alleganti stupratori proficiat?

AD QUAEST. LXXVI. N. 3.

Sodomia a majoribus acriter notata. Locus Taciti explicatur contra Lipsium aliosque.

N. 9.

Notio sodomiae. Variae species. Coitus cum androgino. Mastupratio. Crimen onaniticum.

N. 14.

Poena stupri manualis.

N. 34.

Cur bestia e medio tollenda?

N. 37.

Sodomia generis vivicomburio; Sodomia sexus gladio punitur. Idem in praepostero conjugum coitu.

N. 39.

Aetatis ratio habetur. An simplicitatis et ignorantiae juris?

N. 46.

Exasperationis justitia ob circumstantias aggravantes.

N. 68.

Frustra hic seminis immissio requiritur.

N. 67.

Praescriptio quinquennii. Variae Dd. opiniones.

AD QUAEST. LXXVII. N. 4.

Rejecta distinctio furti manifesti et nec manifesti.

AD QUAEST. LXXVII. N. 47.

Durities poenae capitalis in furto. Quantitas quinque solidorum ex lege Friderici.

AD QUAEST. LXXVIII. N. 12.

Furtum simplex non effractionis sed periculi oppositum.

N. 15.

Poena capitalis ob quinque solidos ablatos per modum regulae praescripta. N. 20

Damnum simpliciter ex quinque solidis non ex conditione laesi aestimatur.

N. 31.

Quantitas solidorum jure veteri varia. Mensura hodierna.

N. 48.

Mensura quantitatis legalis, furto a pluribus simul commisso.

N. 65

Aestimatio damni per juramentum laesi eruenda. Modus aestimandi res juramentum praecedens. Jurat laesus aliquando ejus ministri.

N. 67.

Utrum laesus ad jurandum cogi possit? Quid si contumax in jurando? Quid si morte praeventus jurare non possit? Quantitas a taxatoribus deminuta.

N. 75.

Tria fundamenta poenae capitalis ex Carolina.

N. 82.

Quid furtum tertium iteratum? Num priora jam punita esse debeant? Quid si tria furta eadem nocte perpetrata? Praescripta num computentur?

N. 83.

Etiam in furto tertio quantitatis legalis ratio habetur. Difficilior in hac specie poenae moderatio. Restitutionis an ratio habeatur?

AD QUAEST. LXXVIII. N. 102.

Furti secundi poena jure veteri et recentiori. Num etiam capitalis?

AD QUAEST. LXXIX. N. 15.

Seditiosa effractio non requiritur. Effractio aedificii vacui. Conspiratio plurium. Qualitas armorum. Quid de baculo? Quid si fur non cum armis intraverit, sed ibi inventa occupaverit? Verum corpus delicti in furto qualificato.

N. 35.

Perruptio aedium e limo confectarum ad qualificatum furtum pertinet. N. 39.

Levior effractio huc non pertinet. Consummato furto simplici effractio superveniens num attendatur? Usus pulveris pyrei.

N. 42.

Apertura clave laconica suscepta ad furtum simplex releganda.

N. 55.

Quae ascensio ad periculosum furtum requiratur?

N. 60.

Effractio sine ablatione ad poenam capitalem non sufficit.

N. 64.

Vis levior arbitrarie coërcetur. Conditio personarum temperat poenam.

AD QUAEST. LXXX. N. 7.

Damnum non ex divitiis laesi, sed ex determitata quantitate in universum mensuram accipit.

N. 13.

Magistratui jus nullum in res furtivas. Jus vetus germaniae.

N. 20

Restitutio damni etiam a tertio facta capitis poenam tollit.

N. 32.

Quantum quilibet sociorum restituere debeat, ut poenam capitalem effugiat?

AD QUAEST. LXXX. N. 37.

Laeso rem ablatam vindicante vel vindicare negligente, rigor remittitur.

N. 45.

Res pro pecunia intercepta comparata, licet restituatur, furem haud liberat. Quid si in solutum accepta?

N. 50.

Restitutio damni in qualificato furto nil operatur.

N. 73.

Restitutio invita, etiam quae post incarcerationem fit, idem praestat. Acceptatio laesi non desideratur.

N. 90

Remissio a quo in rebus ecclesiasticis surreptis fiat? A quo modo concursu? Absentia vel furor laesi num vim remissionis habeat? Num compensatio?

N. 117.

Poena publica damnum laesi non pensat.

N. 120.

Spuria hypotheca in bonis furis.

AD QUAEST. LXXXI. N. 28.

Quantitas ablata quomodocunque dubia temperat capitale supplicium. Nuda furis confessio num ad corpus delicti sufficiat.

N. 34.

Incertitudo non personae laesae sed quantitatis poenam temperat.

N. 49.

Trituratorum frumentum asportantium poena.

N. 55.

Alvum apium auferens factum capite luit. Aliud de favis ablatis dicendum.

AD QUAEST. LXXXII. N. 36.

AEtas puerilis num furi contra poenam imminentem prosit?

AD QUAEST. LXXXII. N. 47.

Furtum a proximis heredibus vel conjugibus commissum. Utrum hoc delatam an futuram hereditatem supponat? Expliatio hereditatis. Interest utrum dolo an per imprudentiam sit commissa?

N. 59.

Furtum domesticum non nimis frigide coërcendum.

N. 66.

Nobilibus infame suspendium remittendum.

N. 73.

Cur foeminae a suspendio exclusae? suffocatio in aqua procul a poenis acerbioribus.

AD QUAEST. LXXXIII. N. 21.

Furtum lignorum ad regulam exigendum. Arborum caesio.

N. 32.

Furtum frugum etiam diurnum capitale. Contrectatio florum mitius tractanda. Furtum commestibilium. N. 52.

Fundamentum justae contrectationis in necessitate. Necessaria extrema necessitas. Ejus probatio. Culposa necessitas non attenditur. Ad esculenta articulus non restringendus. Inevitabilis necessitas. Escessus. Poena capitalis necessitate non obstante.

N. 66.

Alia ratio cadaverum, alia sepulchrorum violatorum.

N. 74.

Obscuratio finium modo gravior, modo levior. Myleri sententia explosa. Finium publicorum convulsio capitalis. N. 92.

Plagii rarior usus.

AD QUAEST. LXXXIV. N. 25.

Venatio olim liberrima. Privativa venatio in censu regalium.

AD QUAEST. LXXXIV. N. 32.

Fures ferarum capitale supplicium experiri, probatur.

N. 91.

Furtum piscium ex piscinis vel praeterfluente aqua. Quae contrectatio cancrorum?

AD QUAEST. LXXXV. N. 17.

Administrator furti reus, contrectatio non praecise possessionis invasionem requirit.

N. 41.

Animus restituendi a furtiva contrectatione administratores non liberat.

N. 73.

Detentores rei alienae ob animum lucri in furti reatum incidunt, non ob corrutionem simplicem. Male cit. articulus ad depositum restringitur. N. 46.

Poena aurigae res sibi commissas contrectantis.

AD QUAEST. LXXXVI. N. 25.

Occultatio Thesauri mollius coërcetur. Num propter eam fidiculis locus? Griebneri sententia examinatur.

N. 49.

Poena abigeorum romana hodie poena furti ordinaria obtinet, durior tamen abigeorum conditio.

AD QUAEST. LXXXVII. N. 10.

Consilium speciale ad furandum capitale. Quid de instigatione, vel jussu superioris, patris dicendum?

N. 28.

Receptationis poena ex jure romano. Furum receptatores extra societatem criminis contractam capite non coërcendi. Num detur tacita societas?

N. 64.

Emtio rei furtivae judaeis olim permissa, non aeque hodie.

AD QUAEST. LXXXVIII. N. 18.

Usus poenae jus sibi dicentis absque judice.

N. 43.

Rupta reste vel ictu carnificis aberrante, reus non dimittendus.

AD QUAEST. LXXXIX. N. 17.

Poena sacrilegii in rebus consecratis capitalis, non arbitraria. Vivi comburium in ciborio ablato inter evangelicos exulat. Quid si reus catholicus fuerit? Quid si evangelicus in territorio catholicorum rem monstrantiam auferens a judice evangelico deprehensus? contrectatio rerum majoris pretii. N. 22.

Sensus Speculi Saxonici.

N. 32.

Contrectatio eleemosinarum pure ad regulas furti exigenda.

N. 55

Causae poenam sacrilegii exasperantes. N. 66.

Fames, aetas, personae conditio mollioris poenae argumenta.

N. 75.

Ignorantia qualitatis sacrae contrectatori prodest.

AD QUAEST. XC. N. 10.

Notio Rapinae. Differentia a furto qualificato. Accidentalis resistentia furis in rapinam non degenerat.

N. 29.

Poena rapinae capitalis non ex circumstantiis l. 28. de poen. aestimanda Dissensus Dd. Aggravatio ob circumstantias singulares.

N. 70.

Spinae de malo futuro concussionem, non rapinam costituunt. Nec malum praesens, nisi principaliter ad spolium directum. Nulla in dormientem rapina.

AD QUAEST. XCV. N. 59.

Procurator non ad recantationem, bene tamen ad honoris declarationem admittitur.

AD QUAEST. XCVI. N. 7.

Judex injurias hodie ex officio punit, non aeque de jure Romano. N. 20.

Revocatio concionatoris e suggessu. N. 80.

Veritas convicii quando in totum, vel in tantum excuset, vel fraudi sit?

AD QUAEST. XCVII. N. 11.

Verba factaque per se injuriosa, utrum injuriam inferant, cum distinctione explicatur. N. 21.

Revocationem tollit tempestiva rei honoris declaratio. Nullius usus est haec, actione aestimatoria instituta. N. 31.

Vitium retorsionis. Num in judicio admitti possit. Singularis Leyseri opinio. N. 41.

Poena injuriantium publica per remedia privata non excluditur. N. 48.

Compensatio injuriarum mutua quatenus probanda? N. 59.

Annalis praescriptio criminale remedium non excludit. Revocatio usque ad XXX. annos durat. N. 71.

Provocatio ex l. diffamari est praeparatoria actionis injuriarum postea instituendae.

AD QUAEST. XCVIII. N. 4.

Famosus libellus scriptura, sculptura, pictura continetur. Objectione criminis infamantis, non solius infamiae absolvitur. Quid de haeresi objecta, aut scriptis satiricis dicendum? Sine propalatione non intelligitur. N. 11.

Jure Romano poena capitis. Jure Carolino talio. Hodie arbitraria. Aliquando capitalis. Typographorum et Bibliopolarum vindicta. N. 99.

Lis de nominis subscritione. Sententia Bergeri, Beieri, Leyseri sub examen vocata. N. 44.

Veritas convitii in famoso libello non attenditur. Nequidem in poena arbitraria. N. 49.

Retorsio contra pasquillantem admissa. Num contra pingentem? Etiam contra incertum autorem retorqueri potest. N. 61.

Mitigantia. Nominatim transactio an prosit.

AD QUAEST. XCIX. N. 43.

Vox Wette. Pensatio doloris hodie cognita. Deformitatis ratio. N. 55.

Ad sostrum autor rixae tenetur, nisi lacessiti gravior in vulnerando excessus fuerit.

AD QUAEST. C. N. 4.

Magistratui illata injuria verbalis quando privata, vel publica sit? Realis semper publica. Etiam in exercitio jurisdictionis voluntariae. Vis apparitoribus facta publica. N. 6.

Judex injuriam suam ipse vindicat si liquida, certave fuerit. Assertio officialis laesi num fidem plenam habeat. N. 43.

Intercessio paterna num poenas mitiget?

AD QUAEST. CX. N. 100.

Singularis loci exemtio praeventionem excludit.

AD QUAEST. CXI. N. 21.

Metus futuram sententiam eludendi unicum fundamentum incarcerationis constituit. Sententia Leyseri examinatur. Relegatione imminente non praecise opus carcere. Honestiorum privata custodia.

N. 26.

Indiciorum ad incarcerandum qualitas accurate determinari nequit. Non praecise proxima necessaria. Arbitrium judicis omne punctum fert.

N. 38.

Leviora indicia ad citationem sufficiunt. Num liceat reum tanquam testem evocare?

N. 49.

Excessus incarcerationis. Qualitates carcerum eorumque reparatio. In defectu carcerum sumtus custodiae fert judicium. An subditi?

N. 53.

Modus circa ferramenta et compedes.

N. 55.

Relaxatio carceris absoluta et secundum quid?

N. 62.

Carcer ad custodiam. Ob varias caussas suscipitur.

N. 66.

Separatio incarceratorum sive ejusdem sive diversi delicti reorum.

N. 70.

Media contra judicem inique incarcerantem. Deprecatio. Emenda.

N. 98.

Fuga incarceratorum impunis, effractionis non habita ratione. Num poenam extraordinariam augeat?

N. 108.

Commentariensis incarceratum dimittentis poena prouti dolo vel culpa peccavit. De usu talionis.

AD QUAEST. CXII. N. 19.

Salvus conductus tacitus ignotus, nec cuivis citationi inest.

N. 21.

Definitio salvi conductus. Ex natura pacti interpretationem capit.

N. 29.

Non est regale sed actus jurisdictionis. A Camera Imperii subditis statuum concedi nequit. Salva guardia.

N. 33.

Salvus conductus reis non facile denegandus, non attenta criminis atrocitate.

N. 41.

Differentia inter defensionem pro avertenda et salvum conductum.

N. 45.

Momenta salviconductus concessionem temperantia.

N. 54.

Novum delictum rei tollit salvum conductum. Quid de ignorato post S. C. emergente dicendum? male morato vix S. C. dandus. Potest plus vice simplici concedi.

N. 56.

Concesso S. C. nequidem per litteras subsidiales reus incarcerandus. A quo tempore effectum habeat salvus conductus? Barthius notatur.

N. 64.

Tollitur vis S. C. vel ob rei confessionem, vel emergentia graviora indicia, non praecise post sententiam desuper latam. Idem de tortura decreta dicendum, non de purgatorio, vel confrontatio-

ne aut responsione ad articulos.

AD QUAEST. CXII. N. 70.

Lata sententia, criminali S. C. mox vires amittit, etiam ante decendium. Cautelae pro reo cui fatalis imminet sententia.

N. 108.

Salvus conductus num juratoriam cautionem admittat.

N. 130.

Quando stipulatio fidejussorum committatur.

N. 139.

Commissa licet ob contumaciam cautione, reus utique prehendi potest.

AD QUAEST. CXIII. N. 14.

Utilitas examinis articulati. Initium specialis inquisitionis, num ab incarceratione aut examine summario repetendum? Post responsionem ad articulos reus audit, inquisitus; gravatur ejus existimatio, ab officio suspenditur. Ob quae delicta decernatur suspensio? Quid examen ad puncta? quomodo ab articulato differat?

N. 22.

Utilitas examinis articulati, ejus differentia a summario.

N. 27.

Curam innocentiae judex habeat necesse est. Articuli quatenus ad momenta defensionis dirigantur. De sociis rei interrogandi.

N. 38.

Dolus bonus in judicio criminali licitus. Suggestiones improbatae. Ob insignem contumaciam, vel defensionis causa facilius tolerantur.

N. 41.

Examen ad articulos a solo judice sine assessoribus susceptum nullum: utrum judex extraneus hanc exceptionem ex officio suppleri possit? Protocollum ab actuario scribendum, ab assessoribus, non reo subscribendum.

N. 42.

Responsio rei jurata esse non debet, ne quidem si de sociis examinatus. N. 49.

Usus minarum in judicio criminali.

N. 51.

Injusta spes impunitatis a judice facta. Quid si ob eam reus confessus sit? Quid si evidentia facti succedat?

N. 53.

Cautelae circa annotationem depositionis a reo factae. Necessitas praelectionis.

N. 60.

Contumacia non vel non rite respondentis. Media huic obviam eundi. Tortura ob hanc applicata. Quid si reus litteratum recognitionem detrectet? Quid si morbum, surditiem affectet?

N. 64.

Examen surdi et muti, vel qui linguam judicii non callet, quo modo suscipiendum. Scripta responsio vix permissa.

AD QUAEST. CXIV. N. 7.

Differentia indicii et probationis. Juramenti delatio exsul. Probatio per tabulas. Quid circa recognitionem? Comparatio litterarum fallax. Probatio per indicia jure Romano et Germanico, non Carolino, ne quidem in exceptis. Confessio nuda et qualificata, illativa, surdi et muti, ficta, tacita circumstantiis facta non repugnans, circumstantialis, ejus de quo confitens gravatur, judicialis.

AD QUAEST. CXIV. N. 17.

Etiam publicato rotulo novi testes recte producuntur.

N. 25.

Interrogatorium ad articulos probatoriales utilitas, necessitas. Dubium Barthii solvitur.

N. 38.

Confessionarius testis secundum quid inabilis. Lis interpetrum ea de re. Quando liberi contra parentes, vel ipsi delatores admittendi? si veritas aliter haberi nequit, secundum quid inhabiles admittendi?

N. 40.

Testimonium mulierum validum.

N. 42.

Intra vigesimum annum nec in inquisitorio testes admittendi.

N. 56.

Quatenus principis testimonium plenum? in atrocioribus inhabiles non probant. N. 61.

Ratio dicti testium exigenda.

N. 65.

Citatio ad videndum jurare testes superflua. Corporale testium juramentum. Nequidem a reo id testibus remitti potest.

N. 79.

Differentia confrontationis cum testibus, et socio, recognitio hominis non nominati, sed signis circumscripti.

N. 84.

Examen testium extraordinarium in criminalibus validum.

AD QUAEST. CXV. N. 12.

Sumtus in defensionem a cognatis reorum solvendi. Cautionis ab his praestandae necessitas.

N. 18.

Suggestio defensionis caussa quoad stupidos et meticulosos.

AD QUAEST. CXV. N. 29.

Capita defensionis pro avertenda sunt defectus indiciorum, corporis delicti, incompetentia judicis, impossibilitas hypotetica defensionem principalem suscipiendi. An etiam oppositio exceptionis peremtoriae? An caussa poenam mitigandi?

N. 31.

Confessionis qualificatae effectus.

N. 66.

Naevi defensionum.

N. 68.

Celer probatio quid in criminalibus significet?

N. 78.

Favor defensionis cerebrinus.

N. 87.

Quatenus iterata defensio admittatur?

N. 91.

Defensor quando criminis reo detur?

N. 106.

Communicatio actorum ad defensionem pro avertenda. Variae interpretum sententiae.

AD QUAEST. CXVI. N. 22.

Vetus consuetudo sententiam ab extraneis petendi causa in depravato judiciorum criminalium statu quaerenda. Utilis hodienum transmissio actorum.

N. 28.

Transmissio actorum ad ferendam sententiam arbitraria, sed olim famosissima. Quando hodie necessitatis sit?

N. 32.

Nec a reo exceptum nec privatim consultum pronunciat.

N. 48.

Convictio aut confessio desideratur. Explicatur Art. XIV.

AD QUAEST. CXVI. N. 58.

Condemnatio ex indiciis nulla.

N. 63.

Natales juramenti purgatorii. Usus ejusdem valde restrictus. Expedit plerumque poenam extraordinariam imponere. Utrum ante responsionem ad articulos locum habeat? N. 67.

Justitia probationis pro declinando juramento.

N. 79.

Praestito juramento reus definitive absolvendus. Nova vel antea incognita indicia retractationem caussae operantur.

AD QUAEST. CXVII. N. 8.

Argumenta contra usum torturae et pro ejus usu.

N. 18.

Fata torturae inter Romanos et Germanos.

N. 67.

Tortura gradus mensura. Initium fidicularum quid notet?

AD QUAEST. CXVIII. N. 5.

Tortura est modus veritatem eruendi omnibus communis.

N. 24.
N. 50.

Tortura Epilepticorum, lue venerea, prolapsu uteri laborantium, senum, vulneratorum, herniacorum, fonticulos gestantium.

N. 85.

Tortura militum et nobilium hodierna.

AD QUAEST. CXIX. N. 21.

Tortura etiam in non capitalibus, remissiore tamen gradu obtinet.

N. 45.

Ad causam civilem qua talem tortura non pertinet. Quid de thesauro, vel deposito occultato dicendum?

AD QUAEST. CXIX. N. 50.

Tortura testium. Conditiones quibus circumscribenda.

N. 53.

Dolores a notione territionis alieni.

N. 74.

Crimen in tormentis confessus, ob novum inculpatus an denuo, torquendus sit? Tres distincti casus proponuntur.

AD QUAEST. CXX. N. 7.

Latior conceptus praesuntionis quam indicii. Variae indicii definitiones. Indicium tum ad delictum, tum ad ejus autorem concludit. Differentia a probatione. Indicium remotum et proximum.

N. 29.

Requisita famae ab autore allata sunt lubrica, utiliora proponuntur.

N. 34.

Praesentia in loco criminis sub quibus conditionibus delictum arguat?

N. 40.

Vis concludendi ex conversatione cum malevolis fallax est.

N. 48.

Odium non ex sola caussa sed indole ipsius rei aestimandum. Idem de minis. Commodum, spes lucri, aliaque motiva.

N. 59.

Vis inculpationis a laeso factae ex caussis scentiae pendet. Quid circa exculpationem, vel inculpationem tertii juris?

N. 70.

Fugam variae causae excusant. Ante ceptam malignam suspicionem tentata suspecta est. Aliquando proximum indicium constituit.

N. 78.

Variatio in circustantiis indifferen-

tibus magis gravat, quam in essentialibus. Mendacium indicium mere remotum.

N. 89.

Allegatio insolitorum suspecta est.

AD QUAEST. CXXI. N. 6.

Res praesuntivi autoris in loco delicti inventa.

N. 19.

Tortura aeque ad permanentia quam transeuntia delicta pertinet. Variae species semiplenae criminis probationis.

N. 27.

Interrogatio de sociis omnibus delictis communis non certis tantum propria.

N. 28.

Nominatio socii frustra ad torturam restringitur.

N. 30.

Nominatio socii ultronea sine praecedente interrogatione.

N. 33.

Nominatio ex circumstantiis ad eruendam veritatem aptis demum gravat.

N. 36.

Variasse non censetur, qui socio nominato, postea alium constanter nominat.

N. 49.

Gloriatio ex indole praesentis delicti et moribus rei vim accipit. Impossibilium vel inverisimilium confessio nullius momenti. Transactio super delicto.

N. 67.

Transactio pro reo tentata nexum cum crimine arguit. Kressii explicatio art. CX profligata.

DA QUAEST. CXXII. N. 14.

Homicidio inter plures in rixa commisso, collatio vulnerum cum telis applicatur, sed fallax est.

AD QUAEST. CXXII. N. 18.

Veneficii indicia, corpus delicti.

N. 21.

Inspectio de infanticidio suspectarum graviora indicia requirit. Fit ab obstetricibus. Nonnunquam a medicis. Corpus delicti praesumptivum in caussa infanticidii sufficit.

N. 27.

Corpus delicti ad effectum torturae infanticidio vero et praesumto. Lethalis negligentia matris. Uteri dissimulatio. Partus clandestinus. Accessus ad latrinam, in quam partus ejectus. Effectus torturae.

N. 37.

Cruentatio cadaveris indicium nullum. *N.* 69.

De absurdis magiae indiciis remissive.

N. 72.

Fragile incendii indicium.

N. 83.

Proditionis privatae argumenta. Art. XLI. restituitur. Quid proditionem publicam arguat?

AD QUAEST. CXXIII. N. 20.

Vitium confessionis quomodo supervenientibus indiciis diluatur?

N. 41.

Indicium proximum per aggregationem circumstantiarum consentientium.

N. 60.

Semiplena probatio indicii ad torturam non gravat. Heilsius notatur.

N. 69.

Modus elidendi indicia. Collisio indiciorum.

AD QUAEST. CXXIV. N. 19.

Quis ordo in torquendis pluribus ejusdem delicti Sociis.

AD QUAEST. CXXIV. N. 25.

Divisio torturae reprobata. Princeps eam ob singulares circumstantias imperare potest. Tempus intra quod durant cruciatus. Barthio satisfit.

N. 39.

Responsio inter tormentorum dolores edita non prorsus rejicienda.

N. 50.

Modus in interrogatoriis tenendus. Publicatio interrogatoriorum. Quid continere debeant?

N. 51.

Pertinentium interrogatorium multiplex significatus.

N. 63.

Inquisitio in veritatem circumstantiarum cum confessione allegatarum. Temperamentum hujus inquisitionis diversa delictorum permanentium et transeuntium natura suggerit. Falsitate reperta tortura iteranda. Quo gradu? Quid si mutatio status contigerit?

AD QUAEST. CXXV. N. 1.

Notio vocis, Urgicht.

N. 8.

Sustentis tormentis reus definitive non ab istantia absolvitur. Potest tamen securitatis publicae caussa ad custodiam damnari.

N. 26.

Plene convictus, toleratis licet cruciatibus, condemnandus.

N. 46.

Iteratio torturae durante processu vel post absolutoriam sententiam locum habet ob nova indicia, sed specie a prioribus distincta. Utrum evidentiora esse debeant?

N. 58.

Conditiones ad quas tertia tortura restringitur. Praestat potius poenam estraordinariam imponere.

AD QUAEST. CXXVI. N. 16.

Ratificatio quocunque metu justo praecedente necessaria. Ad torturam testium pertinet. Quid si contumax in non respondendo tortus?

N. 28.

Intervallum confessionis et ratificationis. Protractio et coarctatio ejus.

N. 32.

Ratificatio coram actuario non Notario.

N. 36.

Confessio delicti etiam non capitalis ratificanda.

N. 38.

Differentia revocatae et emendatae confessionis. Repetitionis et continuationis torturae discrepantia.

N. 48.

Falsa confessio iteratam torturam operatur. Probatio falsitatis. Quid Irrsahl. in cit. art. Num altera tortura intendenda vel moderanda? Num nova indicia desiderentur? Quid si circumstantiae per confessionem firmatae mutatae?

N. 59.

Varia remedia contra reos, post secundam torturam revocantes.

N. 66.

Revocatione in die executionis secuta caussa aliquantisper suspendenda. Brunnemanni sententia laudatur.

N. 72.

Praesentia Notarii revocationem non impedit.

N. 83.

Quomodo tortura, facto judicis non plene applicata, iteranda?

AD QUAEST. CXXVII. *N.* 30.

Excessus in decreta, et applicata tortura.

AD QUAEST. CXXVII. *N.* 36.

Emenda ad poenam referenda. Dolus latave culpa non levissima judicis vindicatur.

N. 55.

Relaxatio juramenti ad effectum agendi rejicitur.

AD QUAEST. CXXVIII. N. 29.

Vivide fossio utrique sexui, omnibusque delictis olim propria. Exasperatio ejusdem.

N. 36.

Honeius supplicium securi, quam ense caput truncare.

N. 41.

Strangulatio, crux, suspendium.

N. 44.

Origo et indoles crurifragii.

N. 48.

Culleus, suffocatio in aquis.

N. 51.

Indoles et usus concremationis.

N. 56.

Exasperatio poenae capitalis, in Carolina non nominatim imperata.

N. 65.

Indoles puncturae per forcipes. Impositio trabae. Conjunctio utriusque exasperationis.

AD QUAEST. CXIX. *N.* 16.

Origo et indoles fustigationis.

N. 27.

Limites circa usum fustigationis. A plerisque reprobatur. Conjunctio cum relegatione, vel ergastulis. Privatae virgarum castigationis indoles ac usus.

N. 34.

Relegationis cum fustigatione conjunctio, ratio.

N. 38.

Manus truncatio num gravior fustigatione? Amplissimus ejus usus variis criminum exemplis illustratus.

AD QUAEST. CXXIX. N. 49.

Rarior usus aurium, narium resectarum. Effossio oculorum incognita. Linguae abscissae praxis.

AD QUAEST. CXXX. *N.* 12.

Carcer custodiae, vel contumaciae coërcendae vel poenae caussa impositus.

N. 29.

Relegatio a superiori judice decreta ad integram provinciam, ab inferiore, ad districtum restricta.

N. 54.

Relegatio temporalis, perpetua. Emigratio, Exilium.

AD QUAEST. CXXXI. N. 6.

Liberos ob delictum paternum puniri durum. Heredes ad quas poenas ob delictum defuncti obeundas obligentur? Non sola litis contestatio, sed sententia contra defunctum lata heredibus nocet.

N. 14.

Destructio aedium in quibus delictum commissum, non certis, delictis tantum propria.

N. 43.

Poenae capitalis in cadaver rei decretae. Executio in effigie corporis afflictivis poenis vix propria.

AD QUAEST. CXXXII. N. 83.

Regula: poena major absorbet minorem, sed examen vocatur.

AD QUAEST. CXXXIII. N. 18.

Quotuplices poenae arbitrariae. Poena sub lega tacite comprehensa. Arbitrium in poenis quale? Num omnes poenae arbitrariae? Schilterus castigatus. Fundamentum ad quod exigi arbitrium in applicatione debeat?

N. 31.

Poena arbitraria an et quando ad mortem extendi possit? Poena capi-

talis in certa specie delicti determinata an ad similes non determinatas trahi queat. Kressius notatur.

AD QUAEST. CXXXIII. N. 53.

Poenae alternativae modo aequales modo inequales. Penes quem ex alternativa sententia sit electio? Discordantes Dd. opiniones.

AD QUAEST. CXXXIV. N. 22.

Ludus per se vitium non habet.

N. 26.

Pecuniae lusu perditae nulla exatio, imo potius repetitio. Fucus transactionis vel cambii. Repetitio pecuniae in lusu perditae.

N. 47.

Receptatorum poena extraordinaria, vel capitalis, si de societate criminis contracta constat. Ignorantia quatenus ipsis prosit?

N. 55.

Juramentum cognatorum ad indicandum latitantem, ad specialia indicia restrictum.

N. 59.

Reticentia criminis a tertio commissi impunis. Jussus superioris ad revelandum obligat. Emtio rei furtivae reprobata.

AD QUAEST. CXXXV. N. 10.

Confiscatio bonorum in Germania cum delictis capitalibus conjuncta. Iure Romano tantum restricta, hodie prorsus abolita. Principum Imperii potestas confiscationem nova lege introducendi.

N. 23.

Testamentifactio damnatis ad mortem restituta. Testamentum condemnatione ad mortem non irritum. *N.* 33.

Variae explicationes Articuli CCXVIII. *In quibus casibus confiscatio bonorum hodie obtineat?*

AD QUAEST. CXXXV. N. 52.

Relegatio per se non infamat, sed existimationem suggillat.

N. 55.

Culpa lata non infamat sed dolus.

AD QUAEST. CXXXVI. *N.* 13.

Clamoris violentiae notio. Clamatum in repentinis, et magno periculo. Haro. Jodutte. Wopen. Wraeck. Helfrio. Hussitum. Zetter. Ingeminatio in levioribus non impunis.

N. 37.

Fractio baculi est mera solennitas. Nec revocationem, nec defensionem adimit.

N. 52.

Imaginarium judicium criminale nullius usus. Autor notatur.

AD QUAEST. CXXXVII. N. 34.

Epilepticis non remittendum supplicium, aliquando suspendendum.

N. 39.

Reo pastorem suae religionis eligere integrum. Alius invito reo non obtrudendus.

N. 41.

Spatium ad praeparationem condemnato concedendum. Inquisitorius processus non summarius.

N. 48.

Contumax in poenitentia agenda praeterquam si blasphema verba eructavit, graviorem poenam non experitur.

N. 59.

Carnifex non infamis. Executio sententiae olim in Germania honestissima. Pedetentim maculae subjecta ex recepto jure Romano.

N. 66.

Salvus conductus contra vim illatam carnifici minus exacte munere suo defungentis.

AD QUAEST. CXXXVIII. N. 1.

Differentia expensarum criminalium et processus criminalis Dissensus Dd. ejusque caussa circa obligationem ad ferendos expensas. Culpa est proximum fundamentum. Advocatus fisci an liberetur?

N. 15.

Ad poenam condemnatus reus indistincte expensas fert.

N. 24.

Autor contra Oldekopium defensus. Expensae processus criminalis vicem poenae non subeunt. Tergum subsidiarium non ad solas pecuniarias poenas pertinet.

N. 38.

Rei inopis consanguinei ad ferendas expensas in defensionem obligati.

N. 37.

Heredes ejus, qui mortem in carcere sibi conscivit, expensas subeunt. Idem si morte naturali periit. Rejecta distinctio utrum defunctus litem contestatus sit nec ne?

N. 57.

Expensas executionis accusator non subit, sed magistratus.

N. 68.

Heredes violenter occisi expensas processus criminalis non subeunt. Patre mortuo num liberi sectionis expensas ferant?

N. 75.

Subditis libertatis praesumtio prodest contra expensas. Pactum cum domino jurisdictionis initum non facile extendendum. Quid si dominus consuetudinem vel praescriptionem objiciat?

N. 82.

Ab istantia absolutus expensas non subit. In accusatorio post definitivam absolutionem ob probabilem caussam compensantur: in inquisitorio ad onera jurisdictionis pertinet. Fiscalis utrum solvat? cum distintione exponitur. Factum culposum vel dolosum reum, etsi absolutum, condemnat in expensas. Quid si pendente inquisitione variaverit? Quid si post sustenta tormenta vel juramentum absolutus?

N. 85.

Hypotheca tacita, non aeque privilegiata ob expensas judicii criminalis.

AD QUAEST. CXXXIX. N. 27.

Ratio et usus appellationem ex veteri et recentiore aevo.

N. 51.

Etiam accusator recte appellat non modo necessarius, sed voluntarius.

AD QUAEST. CXL. N. 3.

Examinis testium extraordinarii usus in accusatorio et inquisitorio.

N. 6.

Annotatio bonorum Romana et hodierna. Forma ejusdem ex Carolina. In quibus delictis locum habeat?

N. 29.

Bannum imperiale et provinciale.

N. 40.

Vetustas processus banni in Germania. De jure communi quatenus in contumaciam procedi possit?

N. 98.

Poena ejus, qui bannito receptum dederat.

N. 105.

Utilitas processus bannitorii. Bannitus promiscue occidi nequit.

AD QUAEST. CXL. N. 119.

Confiscatio bonorum banni superioris effectus.

AD QUAEST. CXLI. N. 10.

Fundamentum praescriptionis in criminibus. Tollit quamcumque persequutionem, etiam inquisitionem. Per confessionem delicti subsequentem non tollitur. A judice ex officio suppletur. Computanda a tempore admissi delicti, vel ultimi actus illiciti. Quae ratio interruptionis? Viginta annis regulariter includitur, quinquennio in criminibus carnis.

N. 45.

Casus in quibus adulterium in Saxonia vicennio praescribitur.

N. 46.

Stuprum cum Judea quinquennio summovetur. Praescritio bigamiae, sodomiae, lenocinii, stupri violenti, raptus.

N. 55.

Homicidium vicennio praescriptum.

N. 87.

Diuturnitas temporis poenam per se non mitigat. Explicatur l. 25. pr. de poen.

AD QUAEST. CXLII. N. 52.

Fundamentum arbitrii generale in poenis. Caussa, conditio personae delinquentis et offensae, locus, tempus, qualitas, quantitas eventus, speciatim poenas moderantur.

AD QUAEST. CXLIII. N. 8.

Pubertas intuitu poenarum est sine sexus discrimine Annus XIV. Alicubi pubertas plena ad sustinendas poenas ordinarias desideratur. Num infantia a damni restitutione excuset?

N. 58.

Causae malitiam aetatis supplentes unde repetendae? In imbecillitatis delictis aetatis ratio habetur. N. 90.

Minnorennitas qua talis in poenalibus non excusat. Etiam in Saxonia in causis criminalibus anno XXI. finitur

AD QUAEST. CXLIV. N. 39.

AEtas provecta per se poenam non mitigat, sive in juvenili quondam calore sive diu post, delictum commissum.

N. 51.

Epileticis poena vix remittenda. Idem in quavis graviore infirmitate.

AD QUAEST. CXLV. N. 32.

Furiosi ac dementes omnis poenae espertes. Stupiditas, defectus instructionis a poenis capitalibus et corporis afflictivis aeque liberant, non a caeteris. Delicta omittendo causata lenius puniuntur.

59.

Lubrica melancholie signa. Medicorum judicium. Gradus melancholiae.

AD QUAEST. CXLVI. N. 54.

Ebrietas et ebriositas. Ebrietas plene et minus plena, voluntaria et involuntaria temperant delictorum poenas. Inter milites an excuset?

N. 56.

Electa ebrietas ad esecutionem delicti dolum arguit.

AD QUAEST. CXLVII. N. 44.

Lubrica imputatio delictorum a surdis mutisve commissa.

N. 61.

Delictum iracundi excusatius est. Et poenae mitigationem producit.

AD QUAEST. CXLVIII. N. 3.

Transactio super delicto cum judi-

ce illicita, nisi ex ratione commutationis poenarum. Transactio cum accusatore inutilis.
N. 23.

Transactio cum consanguineis occisi poenam publicam non temperat. N. 31.

Transactio privata in quibusdam delictis prohibita, in aliis permissa. Quando moderationem poenae operetur?
N. 41.

Dignitatis non semper, aliquando tamen in poenis ratio habita.

AD QUAEST. CXLIX. N. 42.

Spontanea confessio poenas non mitigat nisi leviores.
N. 48.

Diuturnitas carceris quando reis ad mitigationem prosit?
N. 58.

Intercessio puellae nullius efficaciae. Facilius paterna in poenis infamantibus prodest.

AD QUAEST. CXLIX. N. 67.

Ignorantia juris communis et provincialis quatenus poenam mitiget? Poenitentia sub quibus conditionibus temperamentum poenae suadeat?

AD QUAEST. CL. N. 43.

Dispensatio principum in caussa homicidii defensa. Varia interpretum sententia.
N. 45.

Quibus limitibus justitia dispensationis principum a poenis capitalibus includatur?
N. 48.

De effectu abolitionis.
N. 74.

Potestas collegiorum ad respondendum de jure constitutorum, quousque in arbitrio circa poenas se extendat?
N. 99.

Justitia circa commutandam ex justa caussa poenam relegationis.

OBSERVATIONES SELECTÆ

AD

BENEDICTI CARPZOVII, JC.

PRACTICÆ NOVÆ

RERUM CRIMINALIUM

PARTEM PRIMAM.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM I. N. 13.

Vera notio homicidii dolosi simplicis, et qualificati.

Divisio *dolosi* homicidii in *simplex* et *qualificatum*, quam Auctor proponit, in se vera et ad decisionem specierum occurrentium *utilissima* quidem, sed parum *accurate* ab eodem exposita est. Dum enim qualificatum inter alia ex proposito, et animo deliberato, h. e. animo *directo* aestimat, non potest non solum id, quod animo *indirecto* absolvitur, ad *simplex* referre, quum homicidii dolosi praeter eam, quae directo, et indirecto animo committitur, *tertia* species vix detur. Ita vero ambitus homicidii dolosi simplicis nimis costringitur, nec ratio solida dari potest, cur non etiam id, quod *directo* animo perfectum illuc, referri debeat. Qui *singulare certamen* ineunt, saepe ex *condicto* de caede inter se certant, nec nisi alterutro exanimato acquiescunt, adeoque animo *deliberato* occidendi ad duellum prodeunt. Quis vero hic homicidium *qualificatum* cominisceretur? Sane si conceptus hujus tam *late* pateret, non posset non duellantibus *atrocior* rotae poena, quam soli qualificato minatur Carolus V. imminere, quos tamen ad unum omnes, extra specialem legis *provincialis* dispositionem solo *gladio* perimi, constat. Mallem itaque ad *simplex* homicidium quodvis directo, vel indirecto, ast *doloso* animo commissum in dubio referre; *qualificatum* vero, vel ex qualitate *personarum*, in quas committitur, veluti *parentum consanguineorum*, *conjugum*, vel ex *modo*, quo committitur turpiore, vel ex *fine* detestabili aestimare, quo casu omnia plana, et tum regulae, tum exceptionibus proprii fines conservantur. Bre-

viter: omne homicidium qualificatum animo directo committitur, non acque omnis animus directus ad qualificatum homicidium sufficit; vid. *Qu. XVIII. Obs.* 3.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM I. N. 62.

Culposum aeque ac dolosum delictum est voluntarium. Notio animi homicidii directi et indirecti. Animus indirectus aeque ad dolosum pertinet. Sententia eorum, qui illum ad culposum restringunt, examinata. Explicatur l. 38. de poen. Rejicitur distintio inter dolum generalem, et specialem. Beierus taxatur. Conditiones, sub quibus animus indirectus capite coërcetur. Indirectus animus homicidio simplici proprius, non qualificato.

Animum delinquendi, de quo Auctor late agit, accipio pro *voluntate* alteri per neglectam legum observantiam aegre faciendi. Ita passim *animi* et *voluntatis* appellatione promiscue utuntur veteres JCti *l.* 1. §. 3. *ad L. Corn. de sicar. l.* 14. *eod.* coque suggerunt illud ipsum, cui effectus moralis imputationis aptari potest. Quicquid enim *imputationis* delictis inest, fundamentum suum habet in *voluntate*, qua quis decernit certum genus actionis, lege prohibitum, seque ejus *auctorem* esse ostendit. Voluntas haec duplici modo se exserit, *uno* quoties ex proposito ad certum delictum *directo*, et praemeditato consilio; *altero* quoties *imprudenti*, ac *inconsulto* quodam facto, quocum *praesens* delictum non per se connexum, contra legem peccatur. Priorem *dolum*, vel culpam malitiae, posteriorem *culpam* simpliciter, vel cum additamento, *imprudentiae, desidiae, negligentiae*, vocant. Jacob Gothofr. *ad l. XXIII. de R. J. pag.* 107. Zigler *Dicast. concl. XXV.* §. *III.* Utriusque actio ultimo ad voluntatem referenda, quia, quae huic propria, *imputatio*, cuilibet cohaeret extra dolum autem vel culpam nulla est. Quicunque alterutro modo deliquit, *voluit* delictum, animumque delinquendi habuit. Solus *gradus* voluntatis utramque actionem distinguit, modumque *Imputationis* determinat, qui in dolo est *fortior*, in culpa *debilior*; ibi *ordinariam*, hic *extraordinariam* poenam producit. Ita vero dolum non male animum delinquendi *directum*, culpam vero *indirectum*, dixeris, quum ille ad praesens delictum dirigatur, et in hoc fine subsistat, haec vero non praecise et primario eo tendat, sed per *consequentiam*, et ambages illud producat, voluntas vero cum ea connexa *immediate* in aliam rem illicitam feratur. Haec si transferimus ad homicidium, tum dolosum tum culposum *voluntarium*, et imputationis capax erit quorum, *illud* vocamus, quoties animus ac voluntas *necandi* cum necis actuali executione conjungitur, et in hanc dirigitur, *hoc* quum ex facto alio *illicito*, ultro electo, per *accidens* quidem, sed imprudentia alterius homo peremtus. Atque hactenus quidem nulla contentio inter eruditos maxima est quum appellatio culpae voluntati non opponatur, sed sub ambitu ejus simul comprehendatur.

De eo vero potissimum quaeritur, quae sit vera ac genuina animi homicidii *indirecti* notio, et num sola *culpa* eum absolvat, an vero aeque ad *dolum* transferri possit? Ego posterius asserere non dubito. Tametsi enim omne homicidium culposum animo indirecto committi, ut ante ostensum, recte dixeris, dolosum tamen viceversa non *solo* animo directo absolvitur, sed *aeque* indirecto perpetrari potest, adeoque animus indirectus *utrique* proprius, culposo *semper*, et absolute, significatu tamen paulo *laxiori*, doloso *aliquando*, et sub certis *conditionibus* atque in sensu strictiori, quamvis JCtis in doctrina de *homicidio* hoc familiare, ut sub denominatione *animi homicidii indirecti* communiter ac in dubio eam speciem, quae *dolum* conjuctum habet, intelligant; priorem vero sola *culposi* homicidii appellatione vulgo comprehendant. Hoc sensu vera est vulgaris distinctio inter homicidium dolosum, et culposum, priorisque *subdivisio* inter animum occidendi *directum* et *indirectum* eo, quod verum necandi propositum, a quo dolus dependet, *utrique* animo proprius adeoque *utrumque* homicidium *dolosum*, dici possit, priori quidem casu *omnimodo*, posteriori tunc tantum, si, ex facto illicito mortem *facile* sequi posse, praevideri poterat. Ita, inquam, tantum non omnes de homicidio doloso sentiunt, nec, mea quidem sententia, adeo incongrue, quum essentia dolosi homicidii in voluntate procurandae mortis *speciali* consistat, haec vero vel *pura*, vel *eventualis* esse possit, nec is tantum, cujus finis hic *proximus* est, dolose hominem perimat; sed etiam is, qui, tametsi solam *laesionem* sibi proponit, dum in omnem *eventum*, etiam mortem *speciatim* vult, ad necandum vires conquirit. Qui enim vult antecedens specifice, non potest nolle consequens, si est praevisum, ac cognitum, quod vulgo, sed abusive *necessarium* vocatur. Si enim nollet, contraria, et quae commode simul consistere non possunt, vellet, quod non sanae, sed cmotae mentis hominis est, quum quilibet sibi constare, et secundum *rectam rationem* agere censeatur, quae non probat voluntatem alicujus rei specialem, sine speciali et simultanea voluntate ejus, quod *sua natura* cum illa re connexum esse solet, hariolari poterat. Fac, Titium cum Maevio in duellum, vel aliam *subitaneam* rixam descendere, fac illum stricto gladio vulneris causa prodire, vel de hoc solo fine cum altero, ut saepe fit, convenire, necem vero horrere, aut, quod maximum, desuper in antecessum protestari, sed inter collisionem armorum, aberrante ictu, alteri lethum inferre, quid de facto Titii judicabimur? Voluit ubique Titius laesionem *principaliter*; sed voluit quoque *eventualiter* mortem. Scivit tanquam homo sanus, vulnera ad mensuram haud infligi; non ignoravit, etiam artis gladiatoriae peritissimum, quum se ad vulnerandum accingit, non satis sibi ab ictus aberratione cavere posse; gladii stricturam a suo arbitrio non pendere; esse rem periculosissimam, mediantibus armis lethiferis se cum altero committere; mortem alterius ab executione hujusmodi facti periculosi tam facile, quam vulnerationem pendere. Haec omnia, inquam, *scivit*, aut scire *potuit*, et *debuit*. Quo colore itaque vo-

luntatem *specialem* eventus, aeque verisimilis, ac possibilis, declinare poterit? Qua specie, se de nece antecedenter non cogitasse, judici persuadebit? Dicat Titius, quicquid velit, apud aequos rei arbitros assensum non inveniet, quum sani hominis non sit, asserere ea, quorum inter se pugna est naturalis, quorumque unum alterum non potest non tollere. Voluit necem *specifice*, etsi *eventualiter* voluerit. Quod in eventum proponitur, ad id voluntas *specialis* dirigitur, aeque ac si pure id voluisset; essentia animi specialis adest, circumstantia purae et eventualis voluntatis vero mere *accidentalis* est. Eo ipso, quo vulnerare voluit, sitisse sanguinem adversarii intelligitur, quem, si vitae parci voluisset, alio contumeliae genere divexasset; quod cum non fecit, sed sciens, volens colluctationi periculosae se immiscuit, in eventum inde sequutum *consensisse*, et animo homicidii quidem *indirecto*, ast *doloso* necasse adversarium censetur. Ita recte cum Auctore sentiunt Berger. *Elect. Crim. p.* 91. Struv. *Obs. crim. cap. VII.* § *XXVI.* Maurit. *de duellis* § *XLIX.* Zigl. *Ex. XLVIII.* §. *XXVI.* Harpr. *Resp. LXXV. N. CXCVII.* Titius *jus priv. L. III. c. I.* §. *XI.* Leyser *ad ff. sp. DCIII.*

Ab his divortium faciunt, qui *dolum* in solo animo occidendi *directo* collocant, caeteroquin quicquid imputationis in homicidio superest, adeoque et *vulnerandi* seu indirectum occidendi animum, unde eventus sinister profluxit, ad solam *culpam* referunt, quasi animo indirecto semper simplex *inconsulta* cogitatio, et executio insit, non *homicidii* intentio, consilium, deliberatio etc. vid. Esbach *in* Carpzov. *P. IV. C. VII. def. VIII.* Cujus quidem doctrinae insigne praesidium ex *l.* 1, § 1. *et* 2. *ad l. Corn. de sic. l.* 1. *Cod eod. l.* 38. §. 5. *ff, de poen.* repetunt, quarum priores homicidium *occidendi animo* factum non modo ab eo quod *non occidendi* animo susceptum, clare distinguunt, et sic in solo decreto, prout ad necem, vel alium finem principaliter directum, acquiescunt: posterior nominatim de porrectione *infelici* poculi *amatorii* agit, speciemque animi ad *amorem* directi, ad secutam *necem* indirecti, comprehendit, et clare in hac specie *dolum* abesse, sed *inconsulto* facto peccari, disponit, in verbis: *etsi dolo non faciat, quia tamen res pessimi exempli est.* His addunt verba *art. CXLVI. Const. Crim. Carol.* WIDER DES THATERS WILLEN. Qua posita sententia triplex observatio emergit, quarum *prima* est, quod in homicidis dolosis semper dolus *specialis* desideretur, *generalis*, quem voluntas *nocendi* absolvit, non sufficiat; *altera*, quod animus indirectus, etsi cum nece alterius conjunctus sit, nunquam in fraudem *capitalem* incidat, sed perinde ac quodvis *culposum* homicidium extraordinaria poena expiari debeat: *vid* Matthaei *de Crim. L. XLVIII. Tit. V. c. III. N.* 14. *Tertia*, quodammodo indirectus, etsi non perfecto jure dolum arguat, fortissimam tamen praemeditati homicidii *praesumpionem* involvat, hoc effectu, ut pro gradu hujus, modo *tortura* ac *territione*, modo *juramento* purgatorio reus ad dicendam veritatem, utrum necem clanculum intenderit, nec ne, adigendus *sustentis tormentis*, vel juramento praestito, *dolus* purgatus,

poenaeque *extraordinariae* locus, sin dolum sub fidiculis confessus, vel juramentum praestare non possit, ex dolo ita evicto ad poenam homicidii *ordinariam* condemnandus sit; PUFEND. *introd. in process. crim. pag.* 253. DONAUER *Cons. VI. N. XXIX.* Atque haec posterior sententia tanto *aequior* nonnullis videtur, quanto minus reum, qui vere, sed clam de nece cogitavit, supplicio in totum eximit aut praesidium peccandi suggerit. Usus remediorum ad veritatem eruendam aptorum enim tantum *suspendit* non impedit vindictae publicae definitionem, et quo securior, eo melior est, quam festinata capitalis ob solum indirectum animum sententia.

Admitto, omnem culpam animo delinquentis indirecto constare, non tamen ideo omnis indirectus animus culpam praecise infert. Culpa homicidio cohaerens, quemcunque demum gradum prae se ferat, inconsulto facto, eoque solo, sine verisimili ipsius homicidii destinatione, absolvitur: animus vero homicidii indirectus, si cum *verisimili* mortis praesagio conjunctus, plus continet, iisque proprius, qui voluntatem *laedendi* principaliter, *occidendi*, si laesio fefellerit, habent, adeoque a directo hoc solo differt, quod hic *unice* ad lethum inferendum; ille ad *utramque, laesionem* nimirum, et *mortem* conjunctim tendat, quod discrimen tamen dolo percussoris nil addit, aut detrahit. Neque aliud evincunt allegata *L.* 1. *ff. et L.* 1. *C. ad L. Corn. de sicar.* quarum quaelibet non animum occidendi directum, indirecto; sed utrumque, seu homicidium dolosum ei, quod *non occidendi* animo, sine ulla verisimili necis pura, eventualique cogitatione, et sic mera *culpa* fit, contradistinguit. Ita enim ipse se explicat JCtus, qui, *ex re* animum occidendi collecturus, *si gladium*, inquit, *strinxerit, et in eo percusserit*, *indubitate occidendi animo id eum admisisse*. Quibus verbis, dum ex qualitate *armorum*, seu gladio, animum occidendi colligit, satis ostendit, sibi non tam de directo, quam *indirecto*, quem qualitas *armorum*, ad quamcunque laesionem comparatorum, evincit, sermonem esse. Et tamen ex hac animum occidendi, dolumve inferre, ne dubitat quidem JCtus, de quo omnino dubitare debuisset, si qualitatem armorum tantum *culpam* solumque *indicium doli*, aliunde eruendi, arguere sibi persuasisset. Pugnat itaque haec lex cum *absoluta* animi indirecti culposa notione, et potius manifeste destruit, quod ex ea inferendum erat. Non felicior est *cit l.* 38. expeditio. Licet enim in specie ibidem exposita, quam ad animum occidendi *indirectum* pertinere manifestum est, *dolus* adesse negetur, totus contextus tamen docet, *dolum* ibidem pro solo occidendi animo *directo*, et gradu doli *extantiori* accipi, non vero ab animo indirecto removeri, quum alioquin nulla ratio fuisset, JCto factum ibi propositum *capitali* poenae subjicendi, quae soli dolo propria, nunquam culpae, quantumvis *latissimae*, quam leges dolo in hoc articulo nullibi comparasse, dudum docuit MATTAEI c. l. Sensus itaque est; etsi animus occidendi directus absit, quia tamen species animo occidendi indirecto constans, dolo non caret, ideo ea ipsa poena, quam le-

ges dolo propriam faciunt, capitalis obtinebit. Idque eo minus dubium habet, si dolum non semper eundem esse, sed *gradibus* constare perpendimus, quorum *summus* in praemeditato ante executionem consilio necandi, quod egregie improbum, arguit: *medius* in cessante quidem praedeliberatione, ast proposito necandi directo, ipso momento executionis coepto; *ultimus* denique in animo occidendi indirecto, tali facto cohaerenti, ex quo sinister eventus non difficulter *praevideri* potest, collocandus. Uti vero gradus dolum augent, vel minuunt, non vero tollunt, ita *dolosum* homicidium toties committi oportet, quoties de horum graduum alterutro tantum constiterit, Leys. *Sp. DXCVIII. Med. XVII.* Denique, qui ex *Carolina* allegatur locus, huc plane non, sed ad eos casus pertinet, cum quis vulnerandi, vel occidendi animum prorsus non habet, sed mero *casu*, vel per injuriam caedem committit. Quod porro ad tria *porismata* eorumque *primum* attinet, ego quidem veritatem ejus non dissimulo, nec dolum sine occidendi voluntate esse, profiteor, hac sola tamen admissa differentia, quod in directo, voluntas *immediate*: in indirecto, *mediante* alio facto *illicito*, principaliter proposito, in alterius perniciem feratur. Sive autem hoc, sive illud fiat, semper *specialis* dolus erit, et ad occidendum pertinget. Qua via electa, opus non est *communi* refugio, quo ut se in hac contentione expediant, inter dolum *generalem*, et *specialem* distinguunt, et priorem indirecto, posteriorem directo animo tribuunt; illum in voluntate *nocendi*, quocunque demum exitu, sive laesione, sive morte se exserat: hunc in praeciso *occidendi* animo prostratione declarata, quaerunt, vid. Ayr. *h. Qu. N. XX.* Zigler Ex. XLVIII. *N.* XXV. Etsi enim existentiam doli generalis in animo indirecto non negaverim, ratio decidendi tamen, cur hic dolosum homicidium constituat, non proxime in illa nocendi, sed in *speciali*, ac *eventuali* homicidii decreto quaerenda, quum aliud sit per dolum nocere, aliud dolo occidere, judex vero, quoties de *homicidio* judicat, non illo acquiescat, sed hoc, ad effectum poenae ordinariae indigeat. *Altera* observatio *petitionem principii* continet, positis autem fundamentis hactenus explicatis, et infra ex ipsis legibus illustrandis, vitio, in applicatione commisso, laborat, quum evicto dolo, et profligata ab animo indirecto culpae *absoluta* praesentia, poena non possit non ordinaria locum habere. *Tertia* denique ejusdem sortis est, nec analogiae juris, nec legibus paulo post explicandis respondet, nec magis stringit quam vulgaris interpetrum sententia, qua uno ictu prostratum, et mox exanimem ex *vulnere* periisse contra *art.* CXLVIII. *C. C. C.* ambigunt, et hanc contingentiam pro mera *praesumtione* vulneris lethalis per ispectionem necessario verificanda assumunt. Leges certe media eruendi veritatem non aliter probant quam si causa quaedam criminalis meris *indiciis* involuta; in *liquida* vero ea tamquam superflua, imo periculosa cohorrent ac procul arcent, ut ex *art.* CLXIX. *C. C. C.* apparet. Jam vero probato animo homicidii *indirecto* cum nece alterius *per se* connexo, dolus non meris

praesumtionibus nititur, sed in tantum liquidus est, in quantum veritas *juridica, et moralis* in foro id exigit, docente BERGERO *El. crim. C.* II. *M.* III. §. IV. Quam ob rem non modo inutile et supervacuum foret, de animo occidendi hoc casu laborare, reumque ea propter diris *cruciatibus* subjicere, verum etiam ab omni ratione alienum, animum *directum* praecise eruere velle, cujus indagatio, ubi aliunde de *vero* dolo constat, prorsus nil relevat, imo potius ad gravissimum medicorum eruendi veritatem abusum occasionem subministrat. Carolus V. certe, quoties circa homicidia animo *indirecto*, ast dolo commissa occupatur, nil prorsus de *tortura*, aut *purgatorio* ad eruendum animum homicidii comminiscitur, sed ubique reum quasi in re *liquida* ex capite homicidii *dolosi* ad poenam *mortis* condemnat, id non facturus, si hunc animum indirectum solam *praesumtionem* doli, tortura vel juramento verificandam, inferre judicasset, BLUM. *l. ad art.* CXXXVII. *C. C. C. N.* VII. Quod argumentum ex mea quidem sententia omnium fortissimum est, et robore suo reliqua vincit. Unde recte se habet sententia CARPZOVII *Qu.* I. *N.* LXI. quam sine fundamento vellicat BERGER. *c. l.* Nam ille cit. l. non tam *fluctuat* circa usum purgatorii, pro elidendo animo directo, quam potius sententiam suam de dolo cum animo indirecto liquido connexo, sub allegatione difficultatum inexplicabilium, quibus premitur opinio, de reo nonnunquam ad *purgatorium* admittendo, modeste defendit.

Parum a Schola, qua cum mihi res est, alienus videtur BEYER, qui, dissidio ope distinctionis consulturus, velut erciscundus, ubicunque animus *indirectus* homicidii in quaestionem venit, culpam dolo *accedere*, tradit *ad ff. tit. de privat. delict. Posit.* II. quasi *voluntati* laedendi *dolus*, et propositum; ast *executioni* laesionis, quae male cessit, simplex *culpa*, et parum curiosa attentio insit; praeterea vulneratio quidem audiat dolosa, homicidium vero *culposum*. Quodsi vulneratio ab homicidio separari, et cuique certa vindicta scribi posset, facilius refugio huic subscriberem; sed id prorsus impossibile est Quotiescunque mors adversarii, quem gladio laedere destinaveras, ex re illicita suscepta per se oritur, et percussor animi homicidii indirecti reus fit, non de laesione, sed *occisione*, quaestio emergit, posterior priorem sufflaminat, et unicum obiectum decisionis constituit. Non enim laesit, non vulneravit percussor miserum, sed peremit Hoc unicum est factum, cujus is reus fit, non laesio, quae aberrante ictu cum homicidio est confusa, et sic hoc casu post secutum exitum funestum non ens constituit. Quo colore itaque illius ratio habenda, eique proprium praedicatum tribuendum? Id enim facit BEYERUS, dum huic *dolum*, caedi autem *culpam* tribuit. Quanto rectius caedem tantum commissam et hanc illud ipsum esse, dixeris, cui effectus moralis applicandus. Quumque culpa dolo *opponatur*, nec alterutrum praedicatum alterius simultaneum concursum in eodem objecto admittat; ad inanes argutias mihi rectissime relegare videor conjunctionem doli et culpae seu eorum, quorum unum alterum tollit.

Jam operae pretium erit, veritatem hujus doctrinae ex ipsis *legibus* probare, ut appareat, non nudo commento, aut speciosae interpretationi eam deberi, sed in ipsis rerum argumentis obtinere, ac a legibus pure adoptatam fuisse. Quod argumentandi genus per se solum sufficere posset ad profligandum, quicquid in contrarium aggeritur, sed tanto fortius est, si non solo legislatoris effato, sed amica, cum natura rei, et regulis generalibus antea propositis, conspiratione suffultum est. Ut JCtis Romanis primum locum cedam, prodeat in medium MARCIANUS *in l.* 1. § 3. *ad L. Corn. de sic.* qui in animi occidendi inquisitione occupatus, hunc *ex re* constituendum, h. e. *qualitate facti* eruendum, existimat. Hunc in finem mox proponit speciem, ad institutum praesens pertinentem, cui nec culpam, nec simplicem dolosi consilii *praesumtionem*, sed dolum *liquido* inesse tradit in verbis: *Nam si gladium strinxerit, et in eo percusserit*, INDUBITATE *occidendi animo id eum admisisse.* Habes hic animum *indirectum*, ex sola qualitate armorum collectum, habes doli non praesumti, sed *indubitati*, h. e. cum illo naturaliter connexi, legale testimonium; habes denique poenam *ordinariam*, tanquam *dolosi*, non culposi homicidii effectum moralem. Iisdem principiis tinctus PAULUS *in l.* 38 §. 5 *de poen. Qui abortionis*, ait, *vel amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegantur. Quodsi eo mulier, aut homo perierit*, SUMMO *supplicio afficiuntur*. Porrectionis abortivorum aut philtri, proprius ac primarius finis in *partus* ejectione, vel *amoris* conciliatione consistit, ita tamen uterque comparatus est, ut spes fallere, et facillime eum, cui porrigitur, in discrimen *mortis* conjicere queat. Quod, quum porrigens in antecessum conjectari queat, nec tamen ab oblatione poculi se cohiberi patitur, ob *electionem* rei tantopere *periculosae* interitum hujus, quoties eum provenisse constat, *eventualiter* voluit, omniaque egit, quae animo occidendi indirecto *doloso* propria esse, antea dixi. Atque haec est ratio, cur abscisse ad mortis supplicium confugiat JCtus, et rejecta ratione dubitandi ab animo *directo*, quem is *dolum* vocat, desumta, tali indirecto homicidio id inesse existimet, quod indoles poenae capitalis requirit. Non multo aliter philosophatur BONIFACIUS VIII. *c.* 2. *de homicid. in* 6. *is* ait: *Qui mandat aliquem verberari, licet expresse inhibeat, ne occidatur ullatenus, vel membro aliquo mutiletur, irregularis efficitur, si mandatarius fines mandati excendens mutilat, vel occidat, cum mandando in culpa fuerit, et hoc evenire posse cogitare debuerit.* De specie, quam tractat, non adeo laborandum, quum egregie respondeat animo, quem hucusque exposui, homicidii *indirecto*, neque decisio a principiis hactenus expositis diversa, tametsi non ad poenam criminalem, sed irregularitatem directa. Sufficit enim, quod pontifex eventum plene imputet mandanti, eumque pro vero auctore caedis habeat, certo argumento, eum homicidium isthoc pro *doloso* habuisse, id quod sole clarius

ratio in fine adjecta evincit. Vox *culpa* certe, aliud non infert, quam in jure Caconico *quodlibet factum imputabile* denotare, dudum docuit B. Parens *in jure eccles. Tit. de homicidio* §. XXVIII.

Gemina his imo multo clariora sunt, quae Carolus V. Nemesi sua de hac specie suggerit. Notabilis est *art.* CXXVII. *C. C. C.* hunc in modum conceptus: *Dass ein* MUTHWILLIGER *Morder mit dem Rade, der aber einen Todtschlag aus* Jahheit *und* Zorn *gethan, mit dem* Schwerdt *vom Leben zum Tode gestraffet werden soll.* Verba priora ad animum *directum*, posteriora ad *indirectum* pertinent, qui homicidiis in rixa susceptis proprius, ubi plerumque voluntas primario ad laesionem, raro ad necem tantum dirigitur. Et quid dicam de *expositione infantum*, quae rarissime primario *necis*, sed ordinarie declinandae *educationis* onerosae, et conservandae *existimationis* caussa fit per *art.* XXXII. *C. C. C. um dass sie des abkomme*, et tamen morte infantis secuta incidit in homicidium indirecto animo commissum, *capite* puniendum, si *tempore* et *loco* vitae partus inimico expositio suscepta. Sic enim simpliciter et absolute edicit Imperator: *Stürbe aber das Kind so soll die Mutter nach Gelegenheit des gefährlichen Hingelens, an Leib oder Leben gestrafft werden*. Omnium evidentissime rem inculcat *art.* CXLVIII. *C. C. C.* in quo distincte *uterque* animus depingitur, utrobique vero poena, quae non nisi *dolo* propria, definitur. Verba sunt: *Soetliche Personen mit fürgesetzten und vereinigten Willen und Muth jemand boslich zu ermorden einander Hülf und Beystand thun, derselben Thäter alle haben das Leben verwürckt*. Hactenus de animo directo: sequitur *indirectus*, subitaneis concertationibus, vulgo: *Rencontre* proprius, quarum finis ad vulnerandum adversarium principaliter; sed ex qualitate facti dubii evenctus, simul *indirecte* ad necandum tendit: *So aber etliche Personen ungeschikts in einem Schlagen oder Gefecht bey einander waren, einander helffen, und jemand also ohne genugsamer Ursach geschlagen wird: So man dann den rechten Thäter weiss, von des Hand die Entleibung geschehen ist, der soll als ein Todtschlager mit dem Schwerdt zum Tode gestrafft werden.* Mira hoc loco articulorum conspiratio! Ad unum omnes *abscisse* poenam capitalem definiunt, torturae aut purgatorii, ad eruendum animum directum, nulla omnino mentione facta. Qua sola ratione, tamquam ab effectu ad caussam, a poena capitali ad dolum concludere licet. Quodsi Imperator animum indirectum pro mera *doli praesumptione* habuisset, de mediis legitimis veritatem antea eruendi sine dubio alterutro loco quid rescripsisset, nec obmutuisset ea in re, quando quidem haec circumstantia tale momentum subministrat, quod nec per se subintelligi potest, nec cum abscissa poenae *capitalis* definitione subsistit, nec sine supina et inexcusabili oscitantia negligi potuit. Neque audiendi sunt, qui poenam capitalem non absolute dolo propriam, sed etiam *culpae latae* faciunt communem, quod nonnullis imprimis Leysero *Sp.* CLIV. *M.* IX, in mentem venisse video. Nam hoc

idem foret, ac bellum indicere manifestis legibus, eam aequiparationem prorsus rejicientibus *L.* 4. §. 1. *ff. ad L. Corn. de sic. L.* 1. 5. *C. eod.* Quid? quod ista opinio ex male intellecta, *L.* 38. §. 5. *de poen.* in qua non ut vulgo sentiunt, culpa, sed ut antea ostendi, *animus indirectus* occidendi coërcetur, orta sit, adeoque vix verior propositio fingi possit, quam haec: *poenam capitalem nunquam culpam, sed solum dolum malum arguere.*

Non postremum locum meretur; quod a *communi utilitate* repetit, et satis exaggerat argumentum Auctor noster. Quod enim eludendis regulis justitiae inservit, tanto cautius tractandum, quanto majus, quod inde in salutem publicam redundat, est praejudicium. Id autem eventurum ex sententia contraria, Auctor quantum satis *c. l. N.* XLII. probavit.

Jam operae pretium est, *conditiones* illas paulo plenius sub incudem vocare, quae animo indirecto solum *dolum* conciliant. Qua in re non peraeque mihi satisfecit Auctor, sed nonnunquam circa applicationem haesit, nec ex veris ac genuinis fontibus casus singulares decidit. Neque aliter res cessit aliis ejus sententiae concionatoribus. Causam si requiris, ea in vaga, et indeterminata propositione, *quod, qui in re illicita versatur, teneatur de omni eventu,* tum in *aequivocatione* animi occidendi indirecti, indeque dependente aut dolo, aut mera culpa, quaerenda. Quamvis enim praemissum axioma vulgare sua veritate utique constet, id tamen non aliter admitti potest, quam si exercitium rei illicitae ejusmodi *conditionibus* constat, quae dolo, inde inferendo, vere respondent. Has non ex omni parte exposuit Auctor, imo nonnullas omisit, quae supplementum utique desiderant. Deinde appellatio animi homicidii indirecti *amplissima* est, culpamque simul comprehendit, quo fit, ut magna cautione opus sit, ne fines utriusque dolosi et culposi homicidii in applicatione excedantur.

Videlicet PRIMUM requisitum, quoties animus homicidii *indirectus* pro *doloso* habendus, et in fraudem capitalem incidit, 1. in *exercitio rei illicitae* collocandum. Rem illicitam accipio, quae ex omni parte legibus repugnat, quocunque loco, tempore, suscipiatur. Qui armis in duello vel rixa ultro contendunt, sine dubio in hunc censum veniunt, quia leges *absolute* omnem *ultionem* reprobant, et qui animal noxium data opera incitavit, immisitque in alterum, rei per se illicitae studet, et sic de eventu, tanquam ex animo indirecto doloso, merito tenetur, ZIERIZ. *ad art.* CXXXVI. *C. C. C.* KRESS. *ad eundem art.* §. 1. *N.* II. Aliud dicendum de his, qui in re per se *licita*, vel indifferenti versantur, sed aut *loco*, aut *tempore* illicito eam suscipiunt, aut *imprudenter* agendo, circa cautum ejus exercitium lapsi, quibus mera *culpa*, nunquam animus indirectus dolosus opponi potest, ut per varia exempla illustrat CAROLUS V. *art.* CXLVI. *C. C. C.* Nonnunquam rem licitam infelici successu suscipientibus *fatum* prodest, ut omnem culpam effugiant. Exemplo sunto homicidia commissa in exercitio *rei athleticae* vel *ludis equestribus*, non modo probatis per mores, verum etiam per leges scri-

ptas, quas exhibet Limnaeus *de jure publico L.* VI. *c.* V. *n.* X. Neutra ex his speciebus hoc loco comminiscenda, sed unice subsistendum in actu *per se*, et *absolute* illicito.

Alterum momentum absolvit animus *laedendi vel nocendi*, quo dolus, indirecto animo inhaerens, veluti formatur. Demto hoc, licet res, unde lethum sequitur, fuerit illicita, homicidium semper culposum erit, a praesenti quaestione alienum. Econtra concurrente eodem, propius ad dolosum accedit, imo id vere constituit, si reliqua momenta post exponenda *simul* concurrunt. Sedes hujus requisiti est in *L.* I. *C. ad L. Corn. de sic.* Autor ipse ad effectum poenae capitalis id requirit *Qu.* III. *N.* II. et omnes quotquot eum sequuntur, velut primariam decidendi rationem supponunt Schilt. *Ex* XLIX. *th.* CXX. Wolff. *Select. jur. crim. C.* I. §. XXVII. B. Parens *ad ff. tit. ad L. Corn. de sic.* §. XXX. ut reprehensio Leyseri, *Sp.* XVI. *M.* I. quasi doctrina vulgaris de animo indirecto capite puniendo parum cohaereat, nec sine voluntate nocendi concludat, superflua, ac interpretibus male opposita sit, qui nunquam aliter quam sub hac conditione animum occidendi indirectum capite coërcuerunt. Huic laesioni inteutae dolum generalem inesse res ipsa loquitur, *specialis* vero ad occidendum simul eventualiter tendens, si reliqua momenta postea exponenda concurrunt, cohaerere potest. Quod ad evincendum homicidium dolosum sufficit, quicquid demum contra *eventualem dolum* excipiat Barth. *Hodog. forens p.* 1011. Nam eventualis voluntas non minus, quam pura ac praesens, verum ac *speciale* propositum conjunctum habet. Homicidium ergo cum alterutra commissum, utrinque *dolosum* esse oportet, ut antea jam docui. Utilitas hujus requisiti potissimum in quaestione de partu *clandestino*, ex quo infans peremtus cernitur, qui, licet per se actu illicito plerumque constet, tamen ob defectum hujus *solius* requisiti ad comdemnationem non sufficit, quamdiu propositum nocendi, vel occidendi per *tormenta* haud comprobatum, secus ac Auctor rationes subduxit, cui suppetias tuli. *Qu.* XV, *Obs.* II, IV. Quicquid sit, cavendum, ne *vulnerandi*, *corpusque laedendi* propositum praecise exigatur, aut nocendi proposito *nimium* tribuatur. Prius jam observavit Leyser *c. l. M.* VII. docuitque sufficere, si injuriae intentandae causa quid praeparatur, quod per se fragile et exitiosum exitum habet, ut patet ex subjecto ab Eodem notabili exemplo, de milite ad scindendam tunicam saltantis puellae, non ad vulnerandam eam, gladium stringente, in quem tamen haec, rotata ac vibrata a socio, paratae injuriae ignaro, magno impetu impulsa, ob quod factum contra Auctorem *Witebergenses* capitis sententiam decreverunt. Posterius vel ideo monui, quia saepe animus laedendi, imo et corpus vulnerandi liquidus, et in confesso est, vulnerans vero nil minus, quam caedem committere cogitavit, nec de ea cogitatione *suspectus* est, quem talis animi indirecti, cui dolus inesse dicitur, reum facere, duriusculum mihi videtur. Non enim sufficit cogitare *debuisse*, quod si factum non fuerit, culpam infert, nisi *verisimilis* cogitationis actualis, quae *do-*

lum arguit, argumenta concurrant.

Haec posterior observatio novum, idque TERTIUM momentum cum animo indirecto doloso conjungendum suggerit, quod in *odio* contra laesum concepto, colloco. Ponamus reum sodali, quocum nulla prorsus inimicitia, causave odii intercessit, sed amice vixit, quemque occidendi nullam omnino causam moventem habuit, ex mera lascivia titillandi, ut ajunt, gratia, *um ihn nur zu kitzeln*, vulnus noxium in eo corporis loco inflixisse, cujus dispositionem lethalem verisimiliter ipse ignoravit. Hic profecto *lascivia*, tamquam culpae species, omne punctum fert, licet arma *lethifera*, vulnus *noxium*, *et vulnerandi* intentio adfuerit, quum intercedens amicitia, vel saltim defectus *odii* singularis, cum *dolo* admisso prorsus pugnet, et ne suspicionem quidem ejus contineat, *culpam* vero non tollat, quae etiam in amicos lascivientes cadit. Ita respondit ordo JCtorum *Hallensium* contra militem, qui cauponi, sibi amico, sed ridendo cerevisiam porrigere deneganti, in ipsa caupona cultro, quod panis scindendi causa in manibus habebat, a tergo humeris immisso, *arteriam aortam* ruperat ita, ut miser confestim examinis collaberetur. Fatebatur reus factum, imo et animum vulnerandi, seu paululum, ut ajebat, cultro titillandi, sed excipiebat caesum sibi *amicissimum* fuisse; eum nihil, quod se ad tale funestum factum provocare potuisset, commisisse; inter cavillationes et *jocum* fatalem casum accidisse; se ne somniando quidem de caede cogitasse, vel pro modo a tergo immissi cultri de situ arteriae periculosae cogitare potuisse, quae momenta tanti visa ordini JCtorum, ut eum tanquam solius *culpae latissimae* reum, non obstante vulnerandi intentione, ob solum *odii* defectum, ad extraordinariam poenam condemnarent. Fortissimum quidem in hac specie, quod reum gravabat, in qualitate *armorum lethiferorum* reconditum erat argumentum; id vero pro admittendo dolo allegasse non sufficit, quamdiu de simultatibus, odio, similibusque *motivis* voluntatem improbam producere aptis, haud constat. Fatentur JCti praesumtionem animi occidendi *exclusivam* pro eo militare, qui cum occiso nullam antea habuit inimicitiam, FARIN. *in crim.* CXXV. *N.* CLIV. HARPR. *Vol.* I. *Cons.* CVII, *N.* XXVIII, *et Resp. crim.* I. *N.* LXI. DONAUER *C.* VII. *N.* XLV. Quod si verum est, frustra circa dolum animo indirecto vindicandum laboratur, ubi de simultatibus, odiove non constat. Unde hujusmodi circumstantia in praesenti quaestione definienda non negligenda, sed sollicite a judice indaganda, ut inde colligi possit, reum de laesione noxia *verisimiliter* cogitasse, eique perinde fuisse, quaecunque demum corporis parte alteri noxam intulerit, quae demum cogitatio doli argumentum omni exceptione majus constituit. Atque cum hac *limitatione* probo decisionem, quam LEYSERUS *cit. l.* proponit, quae si odium a milite contra puellam saltantem conceptum tolleret vix defendi posset. Neque tamen diffiteor, in alia omnia ivisse, nec inimiciatiarum rationem habuisse *Scabinos Lipsienses*, ut ex praejudicio ab *Auctore N.* XLV. proposito apparet, quorum principiis tinctus Auctor, de praesenti circumstantia nil

prorsus memorat, et sic conceptum animi indirecti non plene exhausisse, sed paulo *liberius* tractasse videtur.

Hoc amplius QUARTO laesionem *ultroneam* esse oportet, sive quod reus sola, ac vera caussa ejus fuerit; sive, quod quae praecessit offensio, non ita comparata sit, ut tentata laesione compensetur. In *priori* casu, cui nulla prorsus defensionis species cohaeret, res clara, dolusque eventualis liquidus est; ast idem de *posteriore* asserere audeo, quum dolo non careat, cui quaedam, ast ad praesentem, cum infausto eventu conjunctam, laesionem, in sufficiens exceptio in promtu est. Interim dantur plures caussae, ob quas ei, qui alterum mortifere laesit, ignoscendum, quae ipsae efficiunt, ut ejus factum pro improbo ac *doloso* haberi nequeat, et sic animus indirectus *culposum* tantum homicidium arguat, quantumvis eum rei illicitae vacasse, voluntatemque nocendi habuisse, constiterit. Pertinent huc circumstantiae, ob quas leges nostrae *imbecillitati* humanae contra rigorem poenae capitalis in genere succurrunt, in specie vero, quae gravitate *intollerabilis injuriae* aliquem provocarunt ad ictum periculosum. Ut ecce! si nimis lacessitus, irae furorem non satis temperavit, sed ad funestum exitum alterius processit, licet vel maxime *justi doloris* terminos non servaverit, quippe qui solius *culpae* reus fieri potest. Idem multo magis obtinet, quoties injuste invasus, pro tuenda salute occupatus, moderamen inculpatae tutelae non *ex omni parte* servavit, sed graviter *excessit.* Nam huic prodest, *initium* colluctationis fuisse honestum, *executionem* vero, a qua ne prudentissimus quisque sibi satis cavere potest, *vitio* laborare, cujusmodi excessum cum aequitas excusat, tum leges positivae paulo indulgentius, ad modulum facti culposi, tractant *art.* CXLII. *C. C. C.* Fateor tamen hujus observationis usum in solis *repentinis* concertationibus esse, non in spontaneis ac praevia *deliberatione* propositis colluctationibus, quas nulla, quantumvis gravissima injuria praecedens, et ultionis simpliciter prohibitae, vitio, et cum ea conjuncto dolo, excusat.

Tandem QUINTO praeter allegata momenta *qualitatem* laesionis, vel facti illiciti, ex quo alter succubuit, nosse oportet. Sunt enim facta, unde mors alterius necessario, et absolute producitur; sunt quoque quae plerumque mors comitatur, vel saltim aeque facile comitari quam non comitari, solet; sunt denique, quae nonnunquam, licet *rarius* et sic *per accidens*, lethum adferunt, frequentius laesionem non lethalem conciliant. Ad *priorem* classem refero *alimentorum* denegationem, maxime intuitu recens natorum; horum tempore *hyemali* periculosam *expositionem*, quarum quaelibet sua natura ita, comparata ut mors inde non possit non sequi, adeoque qui alterutram hoc modo suscipit, *necessario* id agit, ut natos interimat, et sic animum *directum* facto liquido declaret. Similiter violenti infanticidii ream recte arguit LYNCKER *Resol.* CLXXXI., quae manu osculo infantis imposita, eumdem suffocat, quum neque hoc factum ad alium finem, quam necem dirigatur. Idem quoque de *falso testimonio* scienter praestito, ex quo

quis ad *mortem* condemnatus, *art.* LXVIII. et CVII. *C. C. C.* nec non de omissa data opera *funiculi umbilicalis* obligatione, quam mors infantis excepit, dicendum. Utrobique enim voluntas *unice* dirigitur ad *necem*, quod animo *directo* proprium. Kress *ad art.* CXXXI. *C. C. C.* §. *I. N. III.* Neutra ergo species ex his hujus loci est. Ad *Alteram* classem remitto gravissimum *parentum in coërcitione*, vid. *Qu.* XV. *Obs. I.* judicis in *tortura* immoderata excessum Stryck. *de fact. jud. de fact. C. II. N. XLII.* Horn. *Cl. XV. N. XXVII.* Wolfii *Selecta crim. Cl.* §. *XXVII.* tum *philtri* porrectionem imprimis cujuscumque generis cum *armis letihferis* factam colluctationem, quatenus his omnibus sinister eventus successit; quia harum fragilis, periculosa et talis est executio, quae tam vitae exitium, quam *corpori* laesionem minatur. *Ultimam* denique occupat laesio *fatalis* armis *non lethiferis* facta, vel mors ex porrectione poculi, ad *conceptionem* procurandam incaute dati, procurata. *Utraque* posterior classis hic tantum in censum venit, prouti alterutrius species discrepant. Videlicet *priorem* absolvit armorum lethiferorum, mediorumque periculosorum: *posteriorem* non lethiferorum usus: *ibi* praevideri potuit, ac debuit, quam sit periculosum venenata, gladium vel bombardam in alterum dirigere, quam non sit in nostra potestate, vulnus ad mensuram dare, quam facile contingat, occumbere, quem vulnerare: *hic* de eventu inconsulto cogitare eumque hariolari reus vix potuit, sed praeter spem ac cogitationem telum male cessisse videt, adeoque omnino non *consentit* in eventum, de quo non cogitavit, et quem si producere voluisset, aliis mediis usus fuisset. Animus indirectus non magis ibi quam hic xe exserit, nisi quod *prioris* generis casus tantum positis momentis antea late expositis ad homicidium *dolosum* sunt qualificati, ut recte mihi in hunc modum ratiocinari videar: *Qui cum odio et animo nocendi adversus aliquem concepto rei illicitae sponte operam dedit, ex qua conjicere potuit, eventum sinistrum* inde in hunc redundaturum esse, *is, morte procurata, antecedenter in hanc consensit, eam eventualiter voluit, et sic dolosi homicidii reus est.* Hoc supposito, exulabit qualiscunque in contrarium allegata exceptio, sive reus solum vulnerandi animum antecedenter professsus et praestolatus sit, *er wolle Titio nur einen Affections-Stich in den Arm geben*, sive in *mente* retentum postea praetexat. Priori allegata defensio ipsi *facto* e diametro repugnat, nec fidem meretur; posteriori, imo utroque, nulla ratio adparet, cur reus, si vitae alterius parci voluisset, non *alio* contumeliae genere eum divexasset. Cessabit porro a defectu *animo occidendi directi* desumtum praesidium, quum hoc, non nisi ad *gradum* doli extantiorem referendum sit, essentiam ejus prorsus non ingrediatur, quae ex solo proposito necandi sive puro, sine eventuali pendet.

Quod in *singulari* certamine propter animum indirectum justum, idem quoque normam decisionis suggerit in eo, quod a *sociis in turba* committitur, sive subitanea rixa sociorum inter se, sive offensio extranei, eos ad arma provocaverit. Ne quidem deliberata plurium conven-

tio ad *nocendum* inita, plus quam animum occidendi *indirectum* infert, etsi dolus, tum paulo gravior, si laesum inde periisse constat, quam si, rixando, ex improviso arma lethifera in alterum lethaliter vibraverint, qui major praecipitantia, animique impotentia *turbis* rixisque repentinis, quam diu ante deliberatis, laesionibus inest, ut infra *Qu.XXV. Obs. III.* docebo. Hoc solum inter animum directum, et indirectum, hoc casu interest, quod mors ab *omnibus* in alterum *directo* caedis caussa conspirantibus expianda sit, licet per unum tantum infausto vulnere procurata: contra sociorum, conventae laesionis, et sic solius animi *indirecti* reorum, ille *solum* capitale supplicium subeat, cujus *manu* alterum prostratum esse constat, ceu *ibid. Obs. II.* evici.

Plane *perfectum*, et consumatum scelus ab eo esse oportere, qui dolosi homicidii ob animum indirectum accusatur, per se liquet, et ab auctore N. LXIII, observatum est. Nam leges nostrae *voluntatem et exitum* simul ad effectum poenae *ordinariae* requirunt, non modo si de directo, verum etiam si de indirecto animo constat. Unde doctrina de lethalitate vulneris, et inspectione cadaveris ad *utramque* speciem homicidii dolosi pertinet; et poena capitalis utrobique tunc demum definienda, quum ex relatione Medicorum constat, vulnus illatum fuisse lethale. Sin evictum fuerit laesum *malo regimine*, pessima *curatione*, aut superveniente *symtomate*, vel *alia* caussa proxima, quae in laedentem non cadit, periisse ob solam dolosam hujus laesionem, quasi *exitu non secuto*, poena *extraordinaria* definienda. Monitum hoc eo magis necessarium duxi, quo faciliores esse solent JCti in vaga allegatione axiomatis vulgaris: *qui in re illicita versatur tenetur, de omni eventu*, cujus usum tamen praesens observatio denuo restringit.

His justitiae regulis omne homicidium *simplex* constringitur. *Qualificatum*, quod animum *directum* semper requirit, ad has regulas exigi nequit, usque adeo ut si ei animus indirectus cohaereat, naturam qualificati exuat, et secundum regulas, et poenas simplicis homicidii coërceatur. Ad *parricidium* tamquam speciem qualificati homicidii, si id applicaveris, utilitas quaestionis mox in oculos incurrit. Quid enim? si quis solo animo directo, natum, patremve occiderit, num poenam *parricidii*, an *homicidii* probabis? Ego pro *posteriore* pronuntiarem, eodem prorsus modo, quo *Qu.* XV. *Obs.* V. graviorem parentum excessum in *castigatione* liberorum commissum, nonnunquam in fraudem capitalem, quasi ob concurrentem animum homicidii indirectum cadere, ostendi. Similiter, qui socium laesurus, per *errorem* patrem lethaliter petierit, etsi parricida esse videtur, exemplo *homicidae simplicis* tantum puniendus, ut *Qu.* XVIII. *Obs.* III. docebo. Perpetua enim est regula: *qualificati homicidii nullam prorsus sine evidentia animi directi haberi rationem. conf. Qu.* X. *Obs. I. Qu.* XV. *Obs.* I. *Qu.* XVII. *Obs.* I.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM II. N. 27.

Autochiria quatenus in Latio reprobata. Juris divini sententia.

Quae Autor noster de *morte voluntaria* proponit, non ex eo omni parte cohaerent. Ut a philosophia *Romanorum* initium faciam, palam est huic nil magis convenire, quam si quis fati diem occuparet. Saltim *Stoici*, quibus plerique JCti addicti, hanc sententiam ubique professi sunt, dummodo non temere, sed ex *causa* quadam, sive a fastidio *vitae*, sive ab impatientia *doloris*, sive a pudore *aeris alieni* desumta, vim sibi quis fecisset. Et licet nonnulli *veniam*, se interficiendi praevia causae allegatione a Principe, vel Senatu impetrarent, ceu ex Quintiliano *declam.* IV. 292. 337. apparet, JCti tamen, etiam non redditis caussis, modo aliunde de iis constaret, mortem voluntariam excusarunt. Solum *reipublicae*, vel *fisci* emolumentum, si intercedebat, factum culpabile reddebat usque adeo, ut, qui conscentia criminis cui bonorum *confiscatio* cohaerebat, necem sibi compararent, perinde ac si vere damnati, *bonis* post mortem *privarentur*, ne quod ipsis, teste Dione Cassio *Lib.* LVIII. solenne fuit, jura fisci eludere possent. Atque hoc ipsum est, quod JCtus *l.* 3. *pr. de bon. eorum ec. ait*: *Conscentiam poenae obnoxiam esse, non facti sceleritatem*, ut plenius evincunt Fabrottus *de morte voluntaria* Bynkersh. *observat. L.* IV. *C.* IV. conf. *l.* 3. §. 6. *de bon. eor. L.* 6. §. 7. *de injust. rupt. et irrit. testam. L.* 6. §. 7. *de re milit*. Imo iisdem his principiis satis aperte nituntur leges ab Auctore pro reatu autochiriae allegatae, ut divinare nequeam, qua de causa ille has pro evincendo mortis voluntariae reatu in partes suas trahere salva fronte potuerit. Non multo majoris momenti est argumentum a lege *divina* petitum, quo authochiriam, lege: Non occides, contineri, putat Auctor. Nam praesagium: *alias sanguis tuus effundetur*, huic prorsus non respondet, quin potius de caede *alterius*, non propria, sermonem esse, docet; Ne dicam locum *Geneseos* ab eruditis non ad *legem*, sed *monitum paternum* referri, Clericus *ad Gen. c.* 9. *v.* 6. hoc autem posito, pro evincenda injustitia autochiriae male allegari. Equidem justitiam ejus ex jure divino defendere non ausim; interim, qua ratione prohibita fuerit, mihi non liquet, usque adeo, ut testimonium Josephi *de Bell. jud. L.* III. *C.* XIV. tanquam *recentioris* scriptoris, quod apud Judaeos insepulti manserint propricidae, sublestae fidei sit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM II. N. 31.

Juris germanici principia de autochiria.

Quae *majoribus* nostris circa hoc scelus haeserit philosophia, dubium est: Speculum enim Saxonicum solius transmissionis bonorum ad pro-

ximiores heredes meminit *Lib.* II. *art.* XXXI. non poenae mentionem fecit. Interim praejudicium ingravescentis juris Romani, ejusque perversa interpretratio, nec non auctoritas juris Canonici ansam dederunt variis cum laciniis, tum institutis, quorum reliquiae hinc inde supersunt. Illuc *glossam ad L. I. Art.* V. et WELCHB. *art.* XXXVI. huc vero denegationem *honestae sepulturae*, tantum non ubique hodienum sceleris pedissequam, refero, imo et consuetudinem, corpora suicidarum *concremandi*, qualem olim probarunt *leges Goslarienses*, apud LEIBNITZ *res Brunsv. T.* III. *p.* 501, et in hunc usque diem retinet *Episcopatus Herbipolitanus*, teste KIRCHGESNERO *p.* 227. Quid? quod *confiscationis* vestigium servet jus *Tyrolense*, ex quo vel omnium, vel certae partis bonorum amissione, pro diversitate Casuum facinus luitur, teste FROELICHIO *ad Const. Cr. Carol. P.* II. *p.* 243. Simile quid de *Austria* continet *Ordinatio Austriaca*, cujus sanctionem habes in meis *Elem. jurispr. crim. P.* II. §. CCLVIII. eique conformis est *art.* XLIII. *legum Tyrolensium*, qui, ex criminis conscientia mortem sibi inferentes, *igne* cremare, vel in aquam projicere, tertia bonorum parte fisco addicta, jussit, teste HOFFMANNO *collat. sanct. Carol. cum Josephina c. I.* §. *II. n.* 2.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM II. N. 50.

Verus sensus juris Carolini de poena propricidii. In dubio nemo dolosus autochir.

QUOD jus *Carolinum*, observo, distinguendum esse utrum ex *melancholia, furore*, similique animi *impotentia*, an vero ex criminis *conscientia* propricidium commissum? Illo casu nulla poena statuitur, nec honestae sepulturae quid nominatim detrahitur, quam tamen passim forum in detestationem facti ita servat, ut in coemeterio quidem, sed cum *temperamento* ceremoniarum cadaver terrae mandetur, teste BEYERO *ad ff. tit. de relig. posit.* Hoc casu *confiscatio* bonorum statuitur, si ejus criminis quis factus reus, cui *pubblicatio bonorum* alias imminet. Ita edicit Imperator. Mallem paulo clarius mentem circa hoc caput exposuisset, ut constaret, utrum haec dispositio ad reum, de crimine ante com misso, *convictum* tantum, an aeque solis *indiciis* gravatum, pertineat. Verba: *art.* CXXXV. *so er den überwundenen*, litem non componunt, sed tantum docent tale crimen hic supponi, ob quod authochir si viveret, et convictus fuisset, confiscationis factum subiisset. Interim analogia juris decisionem cum aliquo temperamento admittendam suadet. Aut enim de poena *capitali*, aut de sola *confiscatione* bonorum authochiris ob crimen antea perpetratum imminente, quaestio est. Illa nonnisi *confessis* vel *convictis* suicidis imponitur, si talis fuerit, cujus executio commode in cadaver fieri potest, quorsum *suspendium* et impositionem *rotae* refero, teste KRESSIO *h. art.* §. *II. N. II.* et CARPZOV. *Qu.* CXXXI. *N.* XXXV. Haec

vero etiam ad casum rei *indiciis* gravati pertinet, et propter concurrentem *conscientiam* criminis, quasi ex *ficta* confessione contra regulam admittenda : Ratio diversitatis est, quod de priori lex prorsus sileat, aedoque merito ex regulis *communibus* res, ut dictum, definienda sit. De posteriori vero nominatim disponat, et tam *indefinite*, ut utrumque casum *convictionis et praesumtionis*, complecti, ac plenissime *fisco* prospicere voluisse videatur, cui fini vix sufficeret, confiscationem ad solum reum confessum et convictum produxisse. Unde etiam *fictae* confessioni unice effectum publicationis bonorum tribuit B. Parens *in diss. de expensis crim. C. II. §. IV.* Magis dubium, utrum haec favore fisci formata dispositio, propricidium, *post* coeptum processum criminalem, an *ante* illum, perpetratum concernat, etiamsi conscentiae criminis argumenta postea demum emergant. Prius nominatim defendunt Stephani et Classen. An recte, non sine difficultate definiri potest. Ex mea quidem sententia utrobique *eadem* dispositio obtinet, quum eadem prorsus sit ratio, et circumstantia utrum is qui mortem sibi conscivit, tum inter reos jam receptus fuerit, vel non fisci favori, qui *solus* hic spectatur, nil demat, nec addat. Qua de causa verba articuli priora *So jemand beklaget und in Recht gefordert wird*, enunciativa, de casu ordinarie contingente concepta, non dispositiva esse arguo, tametsi priorem sententiam tanquam benigniorem, quae in stricta poenarum interpretatione se fundat, facile judices occupaturum, non diffiteor. Alias ad effectum publicationis bonorum nil refert, utrum *sola* confiscatio, an praeter eam, *alia* poena simul reo propter crimen, cujus conscientia quis sibi vim fecit, immineat? Nam etiam hic prorsus eadem ratio, licet de posteriori specie nominatim disponat textus, cujus vox disjunctiva oder copulative accipienda, ceu tum ex periodo opposita *da er seinen Leib alleine verwückt*, tum ex fide vetustarum editionum collegi in *Elem. jurispr. crim. c. l. §. CCLVII. in not.* Qua de re verum est, quod, in quo crimine hodie bona fisco non cedunt, in eodem nec ob authochiriam illa confiscentur. Hann. *ad Wes. tit. ad l. I. Corn. de sic. n. VII.* abolitis omnibus omnino contrariis consuetudinibus, quibus passim fiscus, ob *quamcunque authochiriam*, ex vana legistarum doctrina; exuvias propricidarum occupare quondam in Germania ubique tentavit. Nam cassatio tam generalis, tamque destincta est, ut ad solos mores, quibus *carnifices* teste Carpz. *Tit. X. Resp. CII.* et Ludovico *de jure carnif. in bon. propricid.* partem facere solebant restringi vix queat. Superest ultima species, si ex malitia, animique *desperatione*, extra crimen commissum, authochiria perpetrata, de qua altum in articulo citato silentium, tanto major tamen in foro circumspectio superest, ut, qui scelerato hoc consilio imbuti, ignominiae terrore ab hujusmodi facto irreligioso abstineant. Intelligo *caninam* sepulturam, quam his imminere, ad unum omnes defendunt et praxis servat, *vid.* Carpz. *hac Qu. N. XXXIII.* Stryck. *U. M. Lib. XLVIII. Tit. XXI. §. II.*

Quaerunt vulgo, utrum in dubio *dolo* proprio an *casu* quis pe-

rierit? item utrum ex *conscentia* criminis an *animi deliquio* vim sibi fecerit authochir? Qua in re, quum omnis praesumptio sit delicti exclusiva, pro *posteriore* merito pronunciandum, eumque in finem non tantum ex judicio Kressii *in f.* heredes pro macula abolenda audiendi, sed cadaveri quandoque curator constituendus, cujus ope ab anthoch riae suspicione mortuus liberetur. Mornac. *ad L. 33. in fine de Procurat.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM II. N. 50.

Notio conatus. Regulae, ad quas poena conatus exigenda. In atrocioribus conatus proximus capite vindicatur.

Propositio: *quod conatus homicidii poena arbitraria*, eaque modo graviori, modo leviori *coërceatur*, non satis determinata, sed perplexa, et ideo ad certos terminos revocanda est. Quod, ut eo melius fieri possit, ante omnia de vera *conatus* notione laborandum, quo facto, applicatio juris casibus specialioribus subjicienda. Et circa illam quidem palam est, conatum multifaria *praeparatione*, ad executionem alicujus delicti directa, constare, suosque *gradus* habere, quorum *primum* in sola *mentis* operatione; *alterum* in susceptione actuum *externorum* huc ordinata, sed ab actuali perfectione delicti multum adhuc remota colloco; *ultimum* ad eos actus restringo, qui cum ejus generis delicti, quod, quem sibi proposuisse, constat, consummatione *immediate* connexi esse solent. Posteriores tantum ad forum *juridicum* spectant, quia cogitationis poenam nemo patitur, sed facta *externa* tantum a legibus notantur, unde non alio, quam hoc respectu conatus *civile* delictum constituit, quod etiam confirmant verba *articuli CLXXVIII. C. C. C. durch etliche scheinliche Wercke*, quae tam clara, ut lis interpretum utrum *etliche*, an *ehrliche* legendum, in hac quaestione prorsus inanis sit. Sive enim hoc, sive illud adoptaveris, semper ex appellatione *scheinliche Verck*, ratio in promtu erit, conatum sine externa praeparatione non admittendi. Hactenus de notione conatus. Quod ad legum applicationem attinet, fateor, vulgarem interpretum doctrinam de puniendo conatu parum accuratam, ac sufficientem esse, ut satis probatum dedit Kressius, simulque medicina huic defectui subvenire per varias regulas tentavit. Ego vero omnia, quae hic notatu digna, ad sequentes observationes redire existimo:

I. Quoties *probabilis* excusatio factum imperfectum comitatur, satius est, in dubio benigniorem coërcitionem applicari, cum, perfectionem criminis interruptam esse, sufficiat, et facti *felicior* contingentia autorem non prorsus depravatum satis admonere soleat, ne idem in posterum tentet quod in praesenti, succurrente fato, melius, quam cogitaverat, cessit; vicissim rigore opus non sit intuitu aliorum, quos possibilitas funestioris eventus in mente repraesentata, magis quam coërcitionis aspectus terret, et in ordinem cogit. Quo sensu preces defensorum,

imprimis si *corporis afflictivam* poenam ob conatum deprecantur, non negligendae, et facinus tentatum, nisi malitia insigniter exsuperet, *carcere* luendum.

II. Alias, si parum, vel nihil, quod defensionis speciem habet, reo contra tentatum maleficium in promtu est, poenae imminentis moderationem ipsi actus praeparatorii, prouti *multum*, vel *parum* absunt a *perfectione*, subministrare debent. Nam, quo majus, vel minus *periculum* imminens fuit, eo major, vel minor coërcitio, quae ex illo potissimum suam proportionem ac determinationem accipit, locum habet, quamvis, quia poena simul *voluntatis* perversae, ac malitiae rationem habet, haec non negligenda, et sic paulo lenius cum eo agendum, qui *seductus*, aut *furore* quodam abreptus, proximus fuit a consummatione. Contra severior medicina ei praeparanda, qui, quod *ultro* sibi proposuerat delictum, non perfecit.

III. Nonnumquam conatus separatum crimen *nominatum* constituit; quo casu de poena non laborandum, sed illa ipsa, quae in hoc statuta, applicanda. Hanc observationem ipse propugnat Kress. *ad cit. art.* nec sine ratione, licet, ut verum fatear, non magna cum utilitate. Nam exempla, quae de *sollicitatione alienarum nuptiarum et directoriatu* proponit, inferunt, poenam *extraordinariam* quidem hic imminere, capitalem vero, in qua potissima dubitandi ratio latere solet, in censum non venire, consequenter in effectu quoad has species nil referre, utrum poena in legibus definita, an illa quam natura solius conatus subministrat, applicetur, quia utraque *religioni* judicis unice relinquenda. Ad haec crimen *sicariorum*, ad quod provocat, olim quidem fuit, non hodie est in censu delictorum *capitalium*, et ideo ad *ordinarias* de conatu regulas exigendum. In sola itaque *incendii* comminatione, quae aliquando in *diffidationem* degenerat, figendus esset usus hujus regulae, ut nimirum non habito respectu dubitationum, quae delictum *imperfectum* alias premunt, protinus poena diffidationis *capitalis* possit imponi.

IV. Cavendum, ne temere in casu vere *consummati* sceleris conatus *fingatur*, et hoc ipso inanibus dubiis ansa detur, quod nonnunquam familiare JCtis, qui naturam delicti propositi aut perperam, aut obiter inspiciunt, et plura, quam a LL. definita, eidem adsunt, conatum aggerentes ubi delictum jam plene consummatum est. Tales sunt, qui in *abductione* foeminae, vel ignis *ardentis* subjectione, vel *contrectatione* rei furtivae conatum, in *constupratione*, aedium *comsumtione*, denique *translatione* rei contrectatae ad locum securum, perfectionem *raptus, incendii et furti* quaerunt, cum tamen actus priores soli crimina haec *plene* perficiant, et sine posterioribus additamentis poenam ordinariam post se trahant, Beyer. *ad a.* LXXV. adeoque ridiculum sit, aliquid de conatu, hic comminisci velle. Sunt tamen

V. Casus, in quibus *extra ordinem*, crimen coeptum, perinde ac si consummatum fuisset, habetur, et sic iterum otiosum, illos regulis de conatu turbare velle, cum poena ubique eadem sit, quale quid in crimine *perduellionis* contingit, si vel

maxime conatus remotus fuerit, quod enormitati sceleris debetur *l.* 5. *C. ad L. Jul. majest.* Par ratio est reliquorum criminum *atrocissimorum* h. e. saeviori mortis genere notatorum, uti sunt omnia *homicidia qualificata*, nisi, quod in his non aliter, quam si ad actum *proximum* praeparatio pervenit, reusque quantum *in se* fuit, delictum perfecit, *capitalis* poena locum habeat, licet *casu* eventus impeditus sit. Ubi enim omnis *humanitatis* sensus deponitur, vel *hostile* factum suscipitur, ceu in *latrocinio, assassinio, veneficio* contingit, vel alia *peculiaris* turpitudo sceleratae intentioni cohaeret, ceu in *parricidio* apparet, ibi misericordia judicis non inique suspenditur, et coeptum maleficium merito ad severitatem exigitur, perinde ac si perfectum fuisset. Quae philosophia tanti visa est CAROLO V. ut ipse in *art.* CLXXVIII. poenam capitalem cum extraordinaria *elective* definiverit, et hoc ipso priorem simul in conatu diserte probaverit. Quod tamen, licet verba sint indefinita, nec ad certas species delictorum relata, secundum regulas interpretandi unice de solis *atrocioribus* accipiendum. Nam *regula*, suggerente juris analogia, *extraordinariam* poenam utique comprehendit, ut omnes fatentur, capitalis vero ad *exceptionem* restringenda, et ita applicanda est, ne humanitatis rationi quicquam detrahatur. Id vero commodius fieri nequit, quam si verba: *oder Leben*, ad sola *atrociora* crimina, in quibus humanitas locum perdit, eorumque conatum *proximum*, referuntur. Qua in re ipse Imperator nobis praeivisse videtur, dum in *specie* atrocioris delicti *toxicum* porrigenti *art.* CXXX. *C. C. C.* per verba: *an Leib oder Leben*, mortem etiam ob conatum *simpliciter* minatur, et ita ipse optimum interpretem *art.* CLXXVIII. agit, docetque; de quibus delictis ipse in *cit. art.* cogitaverit. Unde praesens doctrina non tantum in genere probatur a COVARRUVIA et STRUVIO *Obs. crim. C.* VIII. *Obs.* XXIV. LYNKERO *Resp.* CXXVII. verum in specie ad *latrocinium* applicatur a CARPZOVIO *Qu.* XXII. *N.* LXXII. LXXVI. ad *parricidium* ab Eodem *Qu.* XVII. *N.* XXI. et SCHILTERO *Ex.* XLIX. *th.* CXXVIII. *ad assassinium* iterum ab Autore *Qu.* XIX. *N.* LIX. *et c.* 2. *de homicidiis in* 6. Eoque pertinet, quod in his casibus investigationem *vulneris* non necessariam esse perhibeat, *Autor Qu.* XVI. *N.* XIV. quae alias ad perfectionem delicti eruendam unice desideratur. Equidem LUDOV. *art.* CXXX. utrum damnum *reparabile*, an *irreparabile* illatum distinguere, et rigorem ad posteriorem casum non obscure restringere videtur, in quo asseclam intuitu parricidii habet LEYSERUM *Sp.* *DCX. Med. XV.* sed sine solida ratione, quum in hisce delictis non tam *laesio* illata attendatur, quam *scelerati* ac hostilis *animi* argumenta unice in computum veniant. Recordor defensionis aliquando ex hoc capite affectatae, ab eo, qui, chiragra et podagra misere laborantem, modo ut ejus uxorem ducere posset, resupinum ex improviso tempore hyemali praecipitem egerat, in puteum, nec hoc ipso vero effecerat, ut quum ejulanti alii in vicinia succurrerent, is a *subitaneo* motu, et terrore, constrictis partibus solidis, et reservata materia nociva, se miraculose,

morbo velut depulso, prorsus in integrum restitutum videret. Hunc, inquam, reus, in jus vocatus, non modo non laesisse, sed potius a miserie, facto, in se quidem hostili, ast quoad effectum, ipsi admodum proficuo, se liberasse, excipiebat. Sed JCti Hallenses, eo non obstante, eum tanquam *latrocinii* reum *morte* dignum judicarunt. Facilius iis subscriberem, qui ut ob defectum plenae consumationis, aliquid remittant, in sola *gladii* poena his casibus subsistunt, saeviori mortis supplicio ad casum actualis necis remisso, ut ex praejudiciis adparet, conf. Kress. *ad art.* CLXXVIII. §. II. *Reg.* IV. Denique notasse juvabit verba cit. art. *durch andere Mittel wider des Thaters Willen*, ex quibus

VI. Colligo, ea quae hactenus disputavi, ad eum casum, quo fato effectus criminis impeditus, pertinere: contra ob *poenitentiam* ipsius rei, justo tempore desistentis, semper *benignam* juris rationem praevalere, quum scelestum consilium, reo *sponte* poenitente, maxima ex parte elidatur, et certum *praecipitantiae*, animique emendati argumentum sit, reum ab eo destitisse, cujus perfectio in ejus potestate fuit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM III. N. 58.

Praesumptiones de animo homicidii ex consensu circumstantiarum pendent et variant.

Integra haec quaestio est instar commentarii ad *l.* 1. §. 3. *ad l. Corn. de sic.* quae saepe turbavit Interpretes. Auctor noster tam providus est in ea explicanda, ut nil hic mutandum existimem. Solus, qui ei dicam scribere tentavit, fuit Leyser. *sp. ad ff. DCIV.* sed dubito, an ejus crisis apud aequos rei aestimatores applausum sit inventura. Quod, ut eo melius innotescat, praemitto, *animum* occidendi sive directum, sive indirectum ob varios mentis recessus saepe in obscuro *positum*, et tamen unicum ac primarium *moderandae* poenae momentum esse, adeoque ipsam necessitatem exigere, ut ille ex *validis* signis eliciatur. Qua in re uti non levis conjectura est, quae ex *teli*, quo vulnus inflictum, genere colligitur, ita similem praesumptionem ex *qualitate*, *loco* vulneris, ictuum *numero* pro consilio percussoris inferendo capere licet. Quicquid tamen ex alterutra harum circumstantiarum infertur ad meram *praesumptionem* redit, adeoque eo citius eliditur, quo facilius praesumtio *contraria* emergere potest. Neutra itaque praesumtio ex his *per se*, sed quaelibet ex *consensu* plurium *conspirantium* concludit. Etiam ea, quae ex *teli* genere hausta praesumtio, temperamentum procul dubio admittit, quia minima circumstantia juris applicationem variat; interim tantisper valet, quoad aliae facti circumstantiae diversum non suadent. Hac praecautione passim in applicatione ad casus speciales usus est Auctor, ut verba ipsa evincunt, et, si in alterutra specie propositiones suas non satis *determinavit*, id ei non tam objiciendum, aut male vertendum, quam asserta ex benigna *interpretatione* ad terminos habiles revocanda. Quid enim

aliud evincit ejus sententia, qua *N.* LX in armorum genere non subsistendum, sed *a quo?* utrum ab homine sano, sibique conscio, an insano, ebrio, infante; *quomodo?* utrum semel, aut ac velut de plano, an iteratis ictibus, aut funestiori insultu, qui periculosior esse solet, aut ingenti vi; denique *in qua parte corporis occisi?* utrum circa tempora capitis, an in loco, cujus laesio non solet lethum procurare, telum applicatum. Recte itaque concluditur, vix instrumentum *per se* lethale esse, vel dici, sed ex *circumstantiis*, sub quibus applicatum, id pendere. Nam ne gladius quidem lethalis erit, si hebes, vel obtusus fuerit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM III. N. 63.

Armorum lethiferorum notio. Auctor contra Leyserum defensus. Lethiferis an accenseri debeant arma ludicra, Enses, tormenta ignifera, scala, culter?

Primo loco, conceptus, quem sibi de instrumento lethali format Auctor, quod sit res *ad occidendum apta*, Leysero *sp. DCIV. M. X.* paulo angustior videtur, quasi *clava et cucuma*, si in caput vi impinguntur lethum inferant, et tamen ex Adriani sententia in *l.* I. §. 3. *ad L. Corn. de sic.* instrumenta lethalia *non* sint. Hinc rectius ea huc referre mavult Leyserus, *quae ad hoc potissimum facta, ut per illa caedes committatur, vel vulnus infligatur.* Verum enim vero, quod plura instrumenta ad homicidium sint apta, quae *non lethifera*, nemini incognitum, nequidem Auctori, qui id ante Leyserum dudum novit; quod autem lippis ac tonsoribus notum, turpiter ab eo neglectum, asseri nequit. Autor ipse ea, quae *verosimiliter*, h. e. *ordinarie* lethum inferunt, *lethalia* dicit. *N.* XXV. quae *raro* effectum fatalem producunt, *non lethifera*. Ita quoque Theodor. *colleg.*crim.*c.*VII. *aph.* I. *N.* XX. XXI. XXXIV. Et licet nonnulli paulo obscurius loquantur, ut ex Bergero *Elect. crim. p.* 92. Froelichio *p.* 142. apparet, tamen effectu inspecto, hanc eorum esse sententiam, nemo negabit. Unde uti ista notio sat perspicua est, ita nec cedit huic, quam Leyser substituit. Quomodo enim ea cum *philtro* subsistit, quod nec occidendi, nec vulnerandi caussa praeparatur, et tamen dolum manifeste infert, ac pro lethali habetur, ceu infra patebit. Num *malleus*, vel *forfex* vulnerandi hominis causa construitur? quibus tamen validum *animi occidendi* momentum inest, si in aliquem hostiliter vibratur. Et quomodo, *cucumam ferream* dolum arguere, ipse *Med. VII.* allegare potuit, si ea solum lethalia audiunt, quae ad vulnerandum constructa? Sed transeamus ad *specialiora* critico Leyseri calamo exagitata. Et quidem, quod de *ludicris armis* profert *Med.* XI. verum est, si inter *lascivientes* per ea laesio illata, falsum, si inter *inimicos* rixam, vel tumultum quis iis usus. Porro cur *tigna valida* lethalibus instrumentis non annumeranda? ceu ex *Med.* XIII. patet, ego quidem non perspicio. Nam nil habet, quod Carpzovio objiceret, praeterquam concurrentem cum eorum usu plerumque

irae furorem: sed haec quidem excusatio *art.* CXXXVII. *C. C. C.* repugnat, aut si vera est, ei quoque qui *gladio* usus prodesse debet, ita vero *qualitati* instrumenti nil detrahit. Et quae rusticae genti alia sunt instrumenta, quibuscum dolosum homicidium vulgo perpetrat, quam *fustes*, omnisque generis *ligna?* quorum indoles ex sententia Leyseri, inter rixantes nullius momenti foret, efficeretque, ut vix, ac ne vix quidem homicidia capitalia a rusticis committerentur. Multo minus *ensis*, quem obtentu castigationis centurio militum gestat, pro non lethali simpliciter haberi potest. Si castigatio ense fieri solita, ut inter exercitia militum aliquando solemne est, vulgo *das Fuchteln*, res clara, quia tunc usus rei licitae omnem sinistram praesumptionem tollit; sed si praefectus militum gladium ob segnitiem operae *servilis* stringit, nil est, quod praetextu *emendationis* vulneranti prosit. Tum, quod *Med.* XIX. de *tormentis igniferis* ob defectum pulveris pyrei immissi profert, Carpzovium non magis stringit, quam si gladium obtusum, non lethiferum esse, contra eum defenderet. Sclopetum ejusmodi materia repletum esse, Carpzovius non potuit non supponere, et vere supposuit, dum, ubique ad *modum, et vehementiam* applicatorum tormentorum *N.* VII. XXXV. judices remisit. Ad haec *scala*, de qua quis proterve dejicitur, non magis quam *ripa*, unde in aquas quis praecipitatur, instrumentum, quo caedes sequuta dici potest, quicquid dicat, Idem *M.* XXIV. Potius *manus* scelerati reum praecipitantis tum medium, et instrumentum sinistri eventus constituit, et facti lethalitatem infert. Denique quae de *cultello plicabili*, sine quo homines de plebe esse non solent *M.* XXV. profert, admodum suspecta sunt. Licet enim alius sit *culter*, quo *Lanii* in jugulandis pecoribus utuntur, alius *cultellus*, quo ad scindenda edulia utimur, uterque tamen ad rumpendum, scindendum, et vulnerandum inservit, et noxius, h. e. lethalis est. Nec huic qualitati quidquam detrahit *mos* vulgaris cultrum penes se habendi, quum hoc non obstante, reus eum stringens, de sinistro eventu eo tempore, quo alterum sauciare coepit, veresimiliter cogitare potuit, quod, pro inferendo animo homicidii indirecto cum dolo conjuncto, sufficit, Coler. *dec.* CLXIII. N. IV. Reusner. *Lib.* II. *Decis.* XXI.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM IV. N. 32.

Mandatum ad delinquendum concursum ad crimen alterius constituit. Jussus rei turpis num executori prosit? Caedes licita quatenus tertio committi possit? Excessus an noceat mandanti?

Quid circa *mandatum* homicidium juris, quantum satis per singulos casus exposuerunt Stryck *de imputatione fact. alien.* item *de mandato ad delinquendum.* Lynckeer *de mand. rei turpis.* Uterque vestigia Auctoris nostri pressit, cujus ratiocinationem, quia ubique manifeste concludit, plerisque probatam video. Res ipsa pendet ab indole doctrinae de *concursu* ad crimen alterius, cujus con-

currentiae speciem mandatum constituit. Quum enim concurrere ad crimen dicatur, qui facto suo *momentum* aliquod ad illud attulit, ejusque *effectum* vere ac simul promovit, non potest non ratio sufficiens adesse, ex qua nexus mandantis cum delicto a mandatario consumato, colligitur. Et quum promotio delicti suos *gradus* habeat, mandans vero pro diversis circumstantiis multum, vel parum conferat ad perfectionem, contingit, ut modo aequalem cum *mandatario* poenam subeat, quos casus Auctor sollicite ac solide discussit. Interim supplementi loco tres observationes inseruisse juvabit.

Prima esto: Mandatum, etsi proprie loquendo a paribus procedat, inter impares vero in *jussum* degeneret, et sic utriusque discrepantia vera concurrat, tamen usu loquendi has species promiscue sumi, et vulgo homicidium a filio, vel subdito ad *mandatum* patris, vel magistratus commissum, dici. Neque repugno, si mandato non *absoluta* parendi necessitas annexa, quia tunc, si alter jussum exequitur, verus concursus adest, uterque in reatu manet, et *causam* caedis constituit, consequenter nil refert, jussum, an mandatum adesse dixeris. Qua ratione filia ad jussum matris partum necans, aeque ac haec facinus morte luit, *conf. Qu.* XVIII. *Obs*. IX. Verum ubi *absoluta* parendi necessitas ob nexum adstictriorem adest, regulae de mandato et concursu officium perdunt, quia executor meri *instrumenti* vicem sustinet, omnisque imputatio in *jubentem* unice redundat, quorsum gregarios milites refero, quoties jussu *Centurionis* gladium contra aliquem stringunt, quo casu jussum a mandato distinguere expedit. Ad minimum in dubio ita judicandum censeo, quum *gregario* de justitia vel injustitia jussus ratiocinari haud integrum, sed stricte jussus ab eo exequendus sit, in primis si in militari officio occupatus, et sic lethum, ut ajunt, *im Dienst*, infertur: Nam si miles *extra officium* a praefecto ad vulnerandum excitatur, species *passivae* obedientiae cessat, nec ratio imputationis in executore temerario deest, quorsum refero speciem, in qua ob sequutum homicidium *centurioni* capitale, *gregario* extraordinarium supplicium dictatum apud Strykium *de imp. fact. alien. C.* V. *N.* XLV. conf infr. *Qu.* LXXXVII. *Obs.* I.

Altera pertinet ad mandatum *caedis* in legibus *permissae*, ut ecce: si maritus adulterum uxorem, vel adulterum occidere alteri committi: Ubi quaeritur, an impunis sit ejus executio? Julius Clarus *sent.* V. §. *homicidium N* LI. ejusmodi mandatarium supplicio subducere vix audet, facilius Leyser *sp. DLXXIX. coroll.* III. Ego neutri assentio, sed distinguendum arbitror, utrum caedes commissa sit *absolute*, an *secundum quid* licita: ibi res plana ac indubia, veluti si quis *bannitum*, *faidosum* occidere jussus; non aeque hic, quorsum omnino caedem *adulteri* refero. Permittunt eam leges, sed ubique de solo *marito* loquuntur, et sola *difficultate* refrenandi iracundiam mariti moventur; eoque ipso *Conditiones* supponunt, quae in alium, quam maritum vix cadunt, *tertium* executorem vero excusare non possunt. Maritum tale quid mandantem peccare non

dixerim, nam ipse impune exequi id poterat: peccat tamen mandatarius, quem, cum consideratio homicidii per se prohibiti, tum *anceps* indolis caedis marito permissae in dubio cohibere debebat. Neque etiam, quam intuitu mariti urget LEYSERUS, justitia hujus caedis, hactenus satis evicta, ut infra, ubi de adulterio agendum, docebo. Rectius PUFFENDORFIUS *L.* II. *c.* V. §. XV. actum *vitiosum* pronunciat, eidemque leges, affectuum humanorum, et irae violentiae, velificantes, *impunitatem* tantum indulgere asserit. Quod si verum est, sola permissio legis, eaque mere *personalis* erit, nec ad *tertium* cum eadem impunitate transire poterit, licet, ut mitius puniatur executor, sub *specie* justitiae alteri obsecundans, non negaverim.

Ultima circa *excessum* mandatarii occupatur. Quaerunt enim, num is mandantem liberet? Et videtur id negandum, quasi in poenam ejus, qui rem *illicitam* alteri commisit, et ideo de eventu tenetur. Verum, quum regula ista aliter, quam si eventus *per se* inde oritur, vix admittenda sit, merito etiam in praesenti quaestione, Auctoris nostri distinctioni subscribere satius erit. Nam hic in eundem prorsus modum philosophandum, ac supra de animo occidendi indirecto *Qu.* I. factum, quum perinde sit sive mediate, sive immediate quid fiat, unde mors alterius sequitur. Unde quaestio, de mandato ad vulnerandum, utrum de occiso obliget, non inepte movetur, posito, quod instrumentum *lethiferum* simul mandato comprehensum? Ubi tamen ratio dubitandi Auctoris nostri de absentia animi occidendi paulo levior, ponderosior e contra est, quam ex ipsa mandati natura mutuat ANT. MATTHAEI *de crim. p.* 494. *n.* XVI. quasi *occisor* ob excessum mandatarius esse desinat, mandantem a pristino nexu liberet, caedemque *suo nomine* ac arbitrio commisisse videatur, ita ut omnis imputatio in eum solum cadat. Verum huic graviter obstat, quod sit res *periculi* plenissima, gladium, quem nemo suo arbitrio moderari potest, sive per se, sive per alium stringere adeoque, qui hoc per mandatum facit, semper causa caedis secutae maneat, quod quam minus cum praetense *extincto* mandato subsistat, nemo non videt. Et quomodo alter mandatarius esse desinere potest, quum caedes sub vulneratione implicite commissa censeatur, qui hanc eousque protrahit, ut alterum prosternat: non suo, sed alterius nomine socium perimat, nec aliud, quam quod voluntati mandantis conforme, agat. Consentit FROELICH. *Lib.* II. *tit.* II. *n.* III. praeterquam quod mandatum tum *expirare* censeat, si ad artis peritum directum et mandans in habilitate ejus acquievit, veluti si in re *athletica* famoso, vel *Carnifici* gravis vulneratio commendata. Sed posterius exemplum, quo in re licita exceditur, hic alienum, prius vero falsum est, quum, quantacumque sit mandatarii peritia, gladium tamen prudentissimum fallere, nec certo *loco* applicari, nec definitae *magnitudinis* vulnus ab artis magistro infligi posse in vulgus notum sit. Certe, si mandantis, ut vitae alterius parceretur, interfuisset, cur non alterum alio contumeliae genere vexare mandavit? cur vulnerare jussit eum, quem occumbere facile posse, praevidebat, et eo ipso eventualiter prostratum

voluit? Quare friget eorum commentum, qui mandantem propter excessum non quidem penitus dimittunt, sed solius *culpae*, poenaeque extraordinariae reum esse jubent, et dispositionem *l.* 38. §. 5. *de poen.* velut singularem ad consequentiam trahi, vetant, in qua haeresi est FRANZK. *Ex. XIV. qu. VIII.* Neque ei suffragatur decisio papalis in *c. f. de homicid. in* 6. in qua solius *culpae* mentio fit. Dudum enim observavit B. PARENS *in Jur. eccles. tit. de homicid.* §. XXVIII. sub appellatione *culpae* in sensu generali a jure canonico factum illicitum designari. De *consilio* delinquendi agam *Qu.* LXXXVII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM V. N. 40.

Error in persona occumbentis circa poenam nil mutat. Quid, si quis pro patre tertium, vel in statu defensionis innocentem necaverit?

NULLA speciosior ratio pro remittendo *erranti* ultimo supplicio allegari potest, quam quae a destituto sceleris *cogitati* effectu petitur. Quod enim quis non cogitavit, tantum abest, ut perfecisse dici queat. Nisi dicere malis, *effectum* effusione sanguinis humani declaratum non ad circumstantias accidentales, vel secundarias, sed primarias, seu ipsum delictum *principale* referendum esse. Error sane in *persona* manifeste accidentalis est, qui non mutat essentiam homicidii vere peracti. Habuit reus, qui alium pro alio errans prostravit, animum occidendi, occidit etiam, saltem circa subjectum, quod occubuit, erravit. Qua specie ergo erroris ratio haberi potest, ubi *dolus* cum *illicito* facto concurrit, et homicidium commissum? Cur circa *eventum* cespitandum, quem *cadaver hominis*, seu corpus delicti satis demonstrat? Leges reatum homicidii non incerti, sed cujuscumque hominis nece collocant, nec unum magis, quam alterum perimere permittunt. Itaque quod *per se* quoad *omnes* homines illicitum, non potest in alterutro subjecto licitum esse, aut eventum noxium in dubium vocare, sive in persona hujus, sive illius contigerit. Atque huc quoque pertinent, quae plures de sufficientia doli generalis pro usu poenae capitalis disputant. Ita LEYS. *Sp.* DXCVII. *N.* XV. Ita SCHILT. *Ex.* XLIX. *th.* CXXIV. Ita interpretes plerique, quorum sententias profert HARPR. *Resp.* I. *N.* XCV. cum WILLENBERGIO *Ex. sabbat. P.* I. *Ex.* XXIV. Id solum ex praemissis fluit, eadem ratione, qua errantem gladii poenam effugere non posse dixi, illum contra graviorem poenam securum fore, si reatus ex qualitate *personae* occumbentis in *parricidium* degenerare videtur, recte monente LEYSERO *Sp. DX. M. V.* quemadmodum graviorem effugit, si *patrem* volens necare, ictu aberrante, alii vulnus lethale inflixit, quia eventus consilio non respondit, leges vero utriusque rationem habent in poenis irrogandis. Quum vero *communia* jura cujuscunque dolosi in personam notam commissi homicidii in nostra specie definiant condemnationem, per se patet, easdem causas erranti profuturas, ex quibus unicuique

reo subveniendum est, veluti ob *irae* furorem, *insultationem*, vel aliam *justam* caussam, quorsum ludricum casum refero, si quis hominem sub larva spectri se terrentem, verum spectrum opinatus armis impetat, ceu ex ZIGLERO docet WILLENBERG *c. l. in f.* Multo magis id obtinebit, si *defensionis* caussa arrepto telo innocentem casu perimit, quem pure absolvendum reor, *art.* CLV. *Const. Crim. Car.* nisi terminos defensionis excesserit, et magis ulciscendi, quam tuendi sui causa alterum prostraverit. Nam hic ob *culpam*, non errorem, *arbitrariam* poenam subit. Ita diserte sententiam suam in hac specie limitat AUTOR *P.* IV. *C.* VI. *def.* IV. quem absque ratione vellicat LEYSER *Sp.* DCII. *Med.* XV. quasi is, errorem circa personam in necessario homicidio per se culpam inferre, arguisset. Vid. *Qu.* XVIII. *Obser.* III.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM VI. N. 21.

Ira impedit, non tollit voluntatem. Plerumque poenam ordinariam temperat, saepe omnem vindictam tollit. Conditiones, ad quas haec doctrina restringenda.

IRAE excusatio eo diligentiorem indagationem meretur, quo *frequentius* in homicidiis allegatur, ut vix hodie necem, ad quam non provocasset iracundia, committi dixeris. Saepe miratus sum, auctorem in ea explicanda, paulo segniorem fuisse, nec tamen ex multiplici praxi, quantopere haec commendata esse soleat defensoribus, forumque criminale turbet, ignorare potuisse. Oportebat ergo indolem irae rite contemplari, non vero in solo et communi, aegre quid ferentium motu subsistere, circa quem per se ratio dubitandi, quae speciem veri habet, vix emergit. Quid enim hoc, quod ipsi secundum N. XIII. de eo casu res sit, quo quis ira commotus *animo occidendi doloso* alterum occidit, aliud sibi vult, quam quod iracundiam obiter, et, non eo, ut decet modo expenderit, siquidem utriusque tanta est discrepantia, ut simul vix consistere possit. Unde nec defensoribus, dum miseris in tali statu delinquentibus succurrere volunt, satis praesidio est praesens Autoris expositio, nec judices sufficienter instruit, justos limites tenendi, et iniquas, ab ira petitas, exceptiones profligandi. Videlicet, quum, caede commissa, de irae exceptione quaeritur, non in *dolore* qualicunque ex injuria percepto subsistendum, sed talis animi motus supponendus, qui mentis *notabilem* perturbationem ac alienationem involvit. Prior, quia omnibus homicidiis dolosis communis est, nec libertatem voluntatis adeo restringit, in censum haud venit; consequenter ridendi, qui cum MENOCHIO *de A. J. R. cas.* CCCLXI. *n.* II. iram ob levem causam concitatam excusationibus admiscent, quibus recte se opponit LEYSER *sp.* DCI. *M.* I. et solus *art.* CXXXVII. *C. C. C.* aliud suggere potest, ex quo etiam irati morte facinus luere jubentur. Posterior disputationi praesenti aptior est, quem, quia *deliberationem* non parum restringit, leges *inconsultum iracundiae calorem* vocant. Circa hunc itaque cavendum, ne inter nimium

et parum peccetur, quod plerisque solemne est, dum vel nulla prorsus perturbatae mentis ratione se moveri ad *humanitatem* patiuntur, exemplo Brunnemanni *Cent. IV. Dec.* XLV. aut saltem, quod eodem recidit, ultra liberationem a poena *ordinaria*, limites ejus nunquam porrigere volunt, Heils. *de proc. inq. c.* VI. §. XXIX. vel in contrarium ad promiscuam, aut saltim *frequentiorem* absolutionem sunt proniores. Equidem, hi posteriores, dum indulgent affectibus, et imbecillitati humanae, non peccant, modo *aequilibrium* haud egrediantur, et *nimia* indulgentia efficiant, ut cives studium, motus animi reprimendi, ferente occasione segnius tractent, et spe veniae nihil non sibi permissum esse stolide credant. Nam iracundia, quia plerumque tantum impedit *libertatem* voluntatis, ordinarie *moderatur* imputationem, non vero semper *tollit.* Unde defensoribus, dum *misericordiam* judicis implorant, eatenus facilius succurrendum, ut a poenae *ordinariae* rigore recedatur, et semper: *tu si hic fuisses*, secundum *imbecillitatem* humanae naturae cogitetur. Tanto minus vero cum iis ex priori classe faciendum, quos nullam prorsus misericordiam provocare, vel ad minimum in poena extraordinaria *praecise* subsistere solere ob iratum delinquentis animum supra dixi. Quae enim durities, mentem semper ad *poenam* directam habere, *absolutionem* non habere, quasi commotionem affectuum dirigere aut restringere *facillimum* fuerit. Certe effervescente subito motu bile iram in *furoris* speciem degenerare, dudum Horatius notavit, et *involuntario*, vel invito occisori comparandum esse eum, qui repente per iram aliquem necat, cum Plato *L. IX. de LL.* dixit, tum calculo suo probavit. Claudius *Saturninus l.* 16. §. *eventus de poen.* omnesque fatentur, quorum sanior est philosophia. Taceo affectus specie *mali* exercitatos acriores ac repentinos stimulos producere ad declinandum molestum, et ea sola ex ratione multum, imo plus favoris habere, quam affectus, qui specie *boni* excitantur. Unde tametsi nonnunquam *extraordinariam* poenam suadeant, impediunt tamen eam saepissime, prouti circumstantiae variant. Parum ab his discrepant, qui iracundiae suo modo quidem indulgent, sed praejudicio, quod *enormitas* criminis suggerit, abripiuntur, ut in certis delictorum generibus huic temperamento prorsus nuncium mittant, et, neglectis facti *praesentis* circumstantiis, decisionem ex atrocitate criminis in *abstracto* repetant, quum tamen voluntas non magis in levioribus, quam gravioribus ex variis causis commoveri possit, et sic temperamentum, quod propter iram observare fas est, utrobique usum habeat, non vero in gravioribus feralem sententiam abscisse probet. Hac ratione a poena capitali nuper recessimus in specie prorsus singulari Ordini nostro oblato, ubi frater valde lacessitus fratrem globulo igneo trajicerat. Allegabat quidem fiscalis accusator vulgare dicterium: *es sey gleichwohl ein Bruder-Mord, da niemand mit seinem geschöpften Eyfer sich entschuldigen könne*, sed illud a dictanda poena *extraordinaria* ob concurrentem *summam* iracundiam nos non cohibuit. Nam quo major et intolerabilior est injuria, a fratre, quem sanguinis nexus ad ho-

nestum judicium provocare debebat, flocci haberi, et ludificari, eo major *doloris* ratio impetum fraternum excusare, et sic omnino locum veniae dare debet. Ut autem haec doctrina pro dignitate tractetur, juvabit ejus indolem et usum ad certas *conditiones* reducere, secundum quas quaestio de *efficacia* conceptae iracundiae in casibus singularibus occurrentibus definienda. Videlicet

I. *Causa* excitatae iracundiae eruenda, a qua justitia, vel si mavis, *impunitas* actus ex ea suscepti pendet. *Injuriam* intelligo, qua excitatus doloris sensus, et imbecillitas humana deliquium passa. Quum enim, si non impossibile, difficillimum tamen, in tali statu sibi attendere, et nulla prorsus molestia cohiberi ab affectuum imperio; nescio an usque adeo culpandus sit, qui dolore abreptus, quod naturae *intolerabile* esse, et moderatos quoscunque concitare solet, repentino motu retundit LAUT. *de ira* §. LVII. Sunt injuriae duorum generum; quaedam *leviores*, et ejus conditionis, ut vix feriant sapientem. Ob has irasci, et veniam factorum comminisci, lepidum, non dicam injustum, foret. Quaedam, non modo reales, verum et verbales, *majoris* sunt momenti, constantissimum quemque turbant, et ad vitiosos actus seducunt, quorsum pertinent exempla, quae exhibet CARPZ. *Q.* XXX. *N.* X. XII. XIV. LXXVII. et HERT. *Resp.* DXIX. eoque restringenda sanctio *art.* CXXXVII. *C. C. C.* teste LEYS. *Sp. DCI. Med. VIII.* His itaque quoties quis se abripi passus est ad actum quemdam illicitum suscipiendum, nescio an adeo taxandus sit, maxime si *intolerabilis* est injuria praecedens. Quo *major* enim haec, quo frequentior ejus inter homines depulsio, eo *justior* iracundiae excessus, et eo minus aliis obmovendum, quod in nobismet ipsis vulgo haud reprobamus, uti variis speciebus comprobat LEYS. *Med.* X. *et seq.* et infra *Qu. XVIII. Obs. II.* illustrabo. *Culpa* omni vacare istiusmodi calorem defendere vix ausim; an autem semper vindictam mereatur, alia quaestio est, quum minutissimi lapsus et imbecillitatis humanae monumenta dissimulare satius sit; tantum abest, ut iis *improbitatem* inesse statui possit, *vid.* LEYS. *Sp.* DXCVII. *in fin.* Pendet itaque vindictae gradus, et dissimulatio a *qualitate* mali propositi, adeoque non tam ira, quam ejus *causa* excusat, nec quicquam est, quod BRUNNEMANNUM *Cent.* IV. *Dec.* XLV. obfirmare posset, qui limitationem auctoris a justa iracundiae causa petitam, sub praetextu *incertitudinis* conculcare annititur. Quasi vero certitudo *mathematica* sit norma judicandi, nec *moralis*, qualem hactenus defendi, sufficiat, nec securior sit moderatio quam rigorosa ad *punctum* facta exactio actionum humanarum! Addo, injuriam vel laesionem, quae dolorem provocavit, ab *adversario* illatam esse oportere; nam si a *tertio* provenit, vix excusat vim *innocenti* factam, aeque ac in *rapina* juris, ubi spoliatus impunem vim in *tertium* committere nequit. Et tum in tali specie homicidium ex causa irae excusavit FICHARD III. *N.* XLII. quam sententiam meam non facio. Tum

II. ad primam injuriae *originem* recurrendum, saltem ut, quis concertantium auctor *rixae*, indeque prorumpentis iracundiae fuerit, extra controversiam collocetur, *vid. N.* VII.

LAUT. *c. l.* §. XXXV. Nam nihil magis conveniens est, quam ut condignam poenam subeat; cujus manifesta *culpa* rixa concitata quantacumque demum illum postea subegerit excandescentia: quum e contra qui innocens et velut invitus rixae implicatur, facilius veniam mereatur, si quid illicite contra adversarium molitur. HERT. *dec* CCCCXLIII. *N.* II. MEV. *P.* III. *D.* CCCLVIII. Neque tamen culpam ab *initio* defuisse sufficit, nisi istam absentiam perdurasse constet, quum etiam ex *post facto* alere rixam, vitio non careat, et tantum minorem culpae gradum arguat, prorsus vero non excuset.

III. Praetera momentum *temporis*, quo actio vitiosa erumpit, attendendum, et examinandum, utrum quo calor nondum deferbuit, an ubi fluctus compositi, alterque sibi iterum conscius esse coepit, laesio illata? ibi subveniendum misero, non aeque hic, quum in manifestam ultionem ac vindictam degeneret. Quicquid hoc mentis statu suspicitur, et ideo nullum favorem mereatur, THEOD. *disp.* *X.* *aph.* *IV.* *lit.* *h.* THESAUR. *dec.* CLXXVIII. *N.* VI. Hoc solum spectandum, qua ratione sedata fuerit irascentis inclinatio, an *plene* sopita, et utrum post *notabile* tempus sui juris esse coeperit, quia tunc non prodest antea iratum fuisse quoad actiones in statu mentis *quietae* susceptas. Aliud si post *breve* intervallum *furor* quidem antecedens desiit, non item occultus *dolor*, qui saepe tantus est, ut effervescente adhuc bile, vel levissima verba aliquem subito praecipitem agere possint, quem multo majore favore credo dignum, quo vehementior solet esse stimulus e favilla resuscitatus, uti non obscure fatetur *Autor Qu.* XXXI. *N.* XXVII. Talem casum repondimus non ita pridem, quo sodalis, antea ad iram provocatus, mox sociorum interpositione aliquantulum resipiscens, post horae spatium captiosis verbis adversarii usque adeo commovebatur, ut ausu inopinato uno ictu furibundus istum trajiceret, cui poenam pecuniariam ad ultionem sufficere credidit Ordo noster. Ad haec

IV. *vehementia* affectus merito sub examen revocanda. Quid enim si ea mentis quandam alienationem produxerit, effeceritque, ut coeco impetu, et quasi extra se positus quis prorumpat in lethalem vulnerationem, TABOR *Racemat. crim.* I. *Thes.* XXVI. Nam animi perturbatio *rationi* non obtemperat, nec maturiori consilio locum relinquit, si ad eum usque gradum processerit, ut homo sui *immemor* factus. Cujus rei signum ex *gestibus*, *rubore*, *haesitante lingua*, *insolitis* actionibus facile colligendum, et secundum haec criteria absolutio perinde praeparanda, ac in actionibus *involuntariis* fieri oportet. Tandem

V. quod maximum mihi semper visum a *subjecto* nocente non abstrahendum, sed subsistendum in ejus conditione. Turpiter errant, qui hoc momento neglecto, regulas generales sibi formant, et ad unum, multosque, *praesentem* reum exigere volunt, quem tamen saepe pecularis *dispositio* in excandescentiam trahere solet. AEquissima sunt, quae antea proposui momenta, sed moderanda semper ex ipsius rei motus prohibendi vel non *naturali* habita, seu quod ipsi natura concessit *temperamento*.

Atque his praemissis non video

cur, quod plerumque negant, et ex professo reprobat MICH. FRID. LEDERER *de jur. bell. privat. L.* II. *c.* VIII. plenaria absolutio tum locum invenire non possit, si *omnia* momenta haec pro reo *simul* concurrunt. Saltim ita a JCtis Hallensibus olim pronunciatum memini, quum hospes a peregrinante continuis ludibriis verbalibus, ut realibus longe lacessitus, ac non obstante remonstratione fatigatus, tandem telo lethali in alterum cum impetu irruperat, tali vultu animique statu, quem testes praesentes visu foedum, et bestialem magis, quam humanum renunciaverant. Interim concedo, ejusmodi casus rariores esse, et *plerumque* aliquid, quod culpam arguit, poenamque arbitrariam exigit, concurrere solere. *Conf. infr. Qu.* CXLVII. *Obs.* II.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM VII. N. 32.

Differentia homicidii dolosi et insidiosi. Species insidiosi. Proditorium non gladio, sed rota, vindicandum.

TOTA haec quaestio exigenda ad principia observationis I. *Qu.* I. propositae, quae, quid proprie deliberatum homicidium vocari queat, evincunt. *Autor* noster in eruendo talis homicidii conceptu non satis laboravit, quo factum, ut in applicatione juris defecerit. Quare hic prorsus derelinquendus, quantamcunque cautionem in tenenda via media adhibuisse videatur. Quaerit nimirum, utrum homicidium *deliberato* consilio commissum ultra gladium *rota* vindicetur? Videamus primo, quid ipse intelligat per talem homicidii speciem? Et manifesta est responsio: *omne homicidium dolosum vel ex impetu, vel praemeditato consilio suscipi*, adeoque ad posterius, tanquam priori oppositum omne referri, quod impetu caret, modo sit praemeditatum, etiamsi *proditorie* commissum, puta si veniens cum Titio tanquam socius itineris, nulla interveniente caussa vel rixa ipsum repente lethaliter percutiat, ut ex *N.* XXI. apparet. Ita vero manifeste confundit *deliberatum* cum *insidioso*, quorum illud genus, hoc speciem continet. Insidiosum quidem *semper* deliberatum est, non item hoc *ubique* insidiosum. Plus utique est proditorie necare, quam consulto, quum *gradus* doli *summus* ibi mirum in modum augeat reatum caedis, hic *medius* tantum concurrat, *vid. Q. I. Obs. II.* et homicidium directo quidem, sed sine insidiis committatur, adeoque nulla ratio prostet, speciem nefandam ac atrocem, sub simplici tegendi, et sub eadem notione utramque comprehendendi, ut ipse Autor, sui immemor, antea notavit *Q. I. N. XIII.* Aut enim utraque species quoad essentiam differt, aut non: si prius, commixtionem utriusque caveri oportebat: sin posterius, ratio, cur insidioso *plus* vitii, quam ei, quod animo occidendi directo committitur; non insit, contra facti evidentiam, allegari debebat. Conclamatum enim est, animum directum vero ac proprio dolo absolvi, insidias autem quid amplius et quod ob *difficultatem* defensionis, foedissimum, ne dicam inhumanum est, complecti. Ajunt omnes, et ipse Au-

tor fateri cogitur, tanto majorem ubique committi reatum, quanto minus eventus sinister *praecaveri* potest. Et tamen proditorium, a quo vix quis sibi cavet, cum simplici deliberato, cui vi, vel arte resisti facilius potest, idem esse venditat. Quam philosophandi rationem ego quidem non capio. Neque enim in jure *Romano* praesidium habet, quod primis temporibus sedulo *homicidas* ac *sicarios* distinxit, et hos definit, qui cum *sica*, qua furtim, et sic *insidiose* laesio infertur, homines necant, licet postea, sed abusive *omnis* homicidia sicarius dictus, teste Matthaei *de crim. p.* 472. Nec jus *Germanicum* suffragatur, quin potius repugnat, dum inter *Mord* et *Todschalg* ubique distinguit, et sicuti sub hoc omne dolosum, etiam *aperto* marte commissum; ita sub illo *egregie* nefandum, in specie, quo incauti, ac inscii per *insidias* opprimuntur, comprehendit, teste Matthaeo Parisiensi *Histor. p.* 283. vid. Spec. Sue. *ex edit. Schan. Cap. CCLII.* Kress. *ad art. CXXXVII. §. II. N. III.* Conf. infr. *Qu.* XXII. *Obs.* II. Nihil ergo superest, quam ut doctrinam de homicidio deliberato in cerebro *Carpzoviano* natam, dicamus, quam postea observantia firmavit. Quanto rectius homicidium animo *deliberato* commissum audit omne, quod necem *absolute* pro scopo habet, sive ex solo caedentis proposito in *mente* retento, sive ex *compacto* cum sociis in necem tertii *art.* CXLVIII. aut cum ipso adversario inito, praevia provocatione, *wenn es auf Leib und Leben gehet*, commissum. Contra *proditorium*, cui ultra praemeditatum consilium insidiae accedunt, et inexpectata aggressio cohaeret.

Unde in hanc classem eum refero, qui 1) clam et latenter, sive a tergo, sive in tenebris nil tale cogitanti, vulnus infert. Duo ejusmodi casus non ita pridem nobis oblati, in quorum *priori* auriga nulla rixa notabili, sed levissimo dissensu praecedente, sodalis, secum confabulantis, intestina, media in deambulatione, cultro perfide laceraverat; in *posteriori* miles stricto gladio paratus, innocenti ex [illegible]causto exeunti in *tenebris* abdomen cultro [illegible]rat, quorum quemlibet ad *rotam* condemnavimus. Idem quoque 2) de his dicendum, qui sub *simulata* amicitia viam sibi parant ad perficiendam tanto melius necem, Classen. *ad Art.* CXXXVII. *C. C. C. p.* 576. Ita vero absurdum est, ad *amicos*, ut quidam somniant, insidiosum restringere velle, quum insidiae non his, sed *inimicis* propriae. Eoque 3) mendicos refero, qui, mutilos se simulantes, cum grallis aedes ingrediuntur, ac oblata occasione domesticis, opus facientibus, vim faciunt, quos *forcipibus* prehensos *dissecari*, jubet *jus Austriacum*, teste Guarient *cod. austr. p.* 692. Denique 4) nec silentio omittendos vulgo censent, qui vitae suae *pertaesi*, innocentem primum occurrentem improviso obtruncant, de cujus generis hominibus cum Kress. *ad art.* CXXXVII. §. II. *not* III. *N.* VI. tum. Leyser *specimine DV. Med.* III. agit. Sed vereor, ut qui ita sentiunt externo colore decipiantur, dum in fontem actionis desperatae inquirere negligunt. Nunquam enim in cognoscendis homicidiis ab *animo*, seu intentione abstrahendum, et in solis actionibus externis quantumvis dolo susceptis, subsistendum. Obsident hi nebulo-

nes viam; repentina ac inexpectata aggressione miserum petunt, concedo; ast non *insidiandi* animus eos excitat, sed aut *desperatio*, aut *vitae* molestissimae taedium. Utriusque vis ad inclinandum est insignis, et ideo *aliquid* excusationis conjunctum habet, quantumvis tristem et inopinatam executionem producat. Praeterea, qui alterutro affectu corrumpuntur, magis id agunt, ut sibi satis, quam ut aliis aegre faciant, et sic - proposito alio - [illegible] proprio sunt [illegible]. Unde satius est, imbecillitati ejus, qui *molestum* quid effugere intendit, indulgere, simplici *gladii* vindice quasi ex solo homicidio doloso, substituto.

Satis de *notione* homicidii praedeliberati. Jam e diverticulo in viam redeamus justum ejus *supplicium* investigaturi. Ex mente Carpzovii in proditorio homicidio, aeque ac in alio quocunque praemeditato, sola *gladii* poena imminet, sed ex rationibus parum concludentibus. In praesenti potiores tantum examinabo, ut de male cohaerente ejus doctrina constet. Imprimis ad silentium legum provocat, urgetque, quod judex lege ipsa durior esse nequeat, leges *Carolinae* vero praedeliberatum homicidium ab insidioso non discernant. Verum in medium prodeat *art.* CXXX. *C. C. C.* qui *veneficis* rotae supplicium minatur, cujus ratio alia nulla dari potest, quam, quia omne venenum *insidiose* porrigitur. Quod si ita est, et veneficium *speciem* proditorii homicidii, fatente Lauterb. *Colleg. pract. ad tit. de L. Corn. de sicar.* §. XIX. constituit, quis de sanctione legali dubitabit, aut statuet, *Carolum V.* alios quoscunque homicidas insidiosos lenius et simplici gladio coërcere voluisse. Solus hic articulus *implicite* proditorium homicidium a doloso distinguit, etsi in *art.* CXXVII. nominatim *Morder et Meuchelmorder*, quod Autor urget, non distinguantur. Oleum et operam perdunt, qui ex lege Carolina semper *clara* verba urgent, nec sine his differentiam probant, quum pauca hic definita, plerumque *analogia* judici suggerere debeat. Et quid si Autorem, silentium legum hic tantopere urgentem, ad *art.* CXXIV. *C. C. C.* remmitterem? in quo omnis omnino proditio, non modo *crurifragio*, sed *dissectione* coërcetur, quo solo argumento evincitur, poenam crurifragii, quam in proditorio homicidio defendo, justo duriorem non esse, sed adhuc temperare rigorem dissectionis, quem *strictum* jus suggerit. Taceo, quod Carolus *art.* CXXXVII. omne *mordrum* ita coërcendum jubeat hoc vero speciem praesentem omnino comprehendat, ut late ac solide docuit Kress. *c. l.* adeoque nulla ratio sit, cur quod de *genere*, seu mordro sancitum, in *specibus* liquidis non aeque repetitum fuerit. Vapulat enim Auctor, qui *N.* XXVII. id rotae supplicium, mordro *cit. art.* praefinitum, ad ea tantum loca, ubi *consuetudo* id ab antiquo retinuit, restrictum esse, autumat. Pugnat ea explicatio cum claris verbis, quae tantum mores, *omne homicidium* olim rotae contusioni passim subjicientes, reprobant: contra *omne mordrum* ubique inposterum huic poenae submittunt. Addo, hanc sententiam firmari praxi *saeculi XIII*, quo *Speculum Saxonicum*, mordrum ab homicidio distinguens, et id de insidioso potissimum accipiens, con-

fectum. Tum enim *comes* Fridericus ob proditorium homicidium membra *fustibus ferreis frangenda* ex lata tristi sententia obtulisse, fertur a Schatenio, cujus verba recitavi in *Elem. crim. S. II. §. CCXXIII. in not.* Atqui Carolum, qui ex genio Germanorum mordi appellationem retinuit, a vocis nativa notione eidemque proprio supplicio in *ordinatione criminali* recessisse, sub nulla specie defendi potest. Tandem si *mordrum* ab alio praedeliberato homicidio separare noluisset, cui, quaeso, usui, in hoc posterius solam poenam gladii, in prius vero peraeque *crurifragium* sanxit; ut ex *art.* CXXXVII. juncto *art.* CXLVII. apparet. Nonne haec sola circumstantia, quam erronee utrumque homicidium eadem poena, contra mentem Imperatoris, ab Auctore coërceatur, arguit? Nam, mordrum, homicidium cum *lucri* intentione commissum non egredi, gratis, et sine omni probatione ab eo asseritur, quum *latior* sit mordri significatus, quam ut ad hanc *solam* speciem restringi queat. Reliqua argumenta tanquam leviora, et minus concludentia ultro sub examen vocare supersedeo, et *duo* adhuc subjicio monita, nimirum.

I. Autorem contra rationem dubitandi, quod plus sit in proditione, quam in solo animo deliberato *N.* XXII. nil habere, quod reponat.

II. Eundem *N.* XXXI. justitiam crurifragii in *atrocissimis* criminibus non diffiteri, nec tamen, quod proditorium his accensendum sit, specie veri negare posse. Fatentur veritatem hujus doctrinae Covarruv. II. *Resol.* CXX. *N.* VII. Farin. *Pr. crim. P.* IX. *Qu.* XVIII. *N.* LXXVI. Guazz. *de reor. defens.* I. *c.* XXXVIII. *N.* XL. Clasen. et Kress. *ad art.* CXXXVII. Leyser *ad ff. cit. l. N.* IV. licet posteriores duumviri ex ore Carpzovii in praxin deductum asserant, quod sanctio de mordro rotae coërcendo ad solas insidias, quae *lucri et spolii* causa, vel cum *obsessione viarum* publicarum, vel turbationis *pacis domesticae* fiunt, vulgo restringatur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM VIII. N. 15.

Culeus in Germania ignotus substituta immersione in aqua.

Quae Autor pro vindicanda observantia *culei* in coërcendo *parricidio* proponit, utrum cum descriptione culei *hodierni*, cui damnati insuuntur, et confestim in undis exstinguuntur, conveniant, alii indicent. Sola autoritas juris *Romani* est, quae uti hic, ita alibi tantopere occupavit Autorem, ut ab ejus scitis, quamdiu vel minima similitudo apparet, recedere, ejusque usum non concionare, religioni sibi ducat. Quodsi ex rei veritate magis judicare, quam verbis ludere juvat, rectius dicendum, *culei* poenam nunquam in *Germania* esse receptam, sed substitutum genus *suffocationis*, mediante *sacco et aqua* perficiendae. In qua, quum spiritus damnatis *confestim* praecludantur, et *ferales angustiae*, quae olim ad complendam

pompam tragicam pertinebant, exulent, lepidum est de animalibus *vivis*, vel *pictis* sacco hodienum immittendis quaerere, aut typicae animalium interpretationi, in quaeruenda adhuc haeret GRASS. *Collat. R. I. cum const. Carol. Sect.* XVIII. *pag.* 848. immorari. Equidem Culei mentio fit in *Gloss. ad Specul. Saxon. art.* XIV. unde sua hausit *speculator Suevus cap.* CCXXXI. sed inde magis *legistae* somnium, quam juris *Romani* praxin colligere licet. Germani diu *vivi defossione* crimen praesens vindicare soliti, tandem enormitate supplicii deterriti, suffocationem in *aquis* substituerunt; conf. *art. CXXXI. C. C. C.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM VIII. N. 47.

Notio vocis Sippschafft.
Leyserus notatus.

SILENTIUM Carolinae Autorem circa decisionem quaestionis de poena eorum, qui *Socerum*, *Vitricum*, vel *Novercam* necarunt, valde detinet eausaturque, ut in quaerendo tutissimo refugio mirum in modum se torqueat, mox in scrutando jure *Romano*, mox in *Constituit. Elect.* interpretanda sese exerceat, tandem in *gladii* poenam paulisper exasperatam incidat *N. XXXIII.* Tribuit hanc autoritati *Scabinorum*, sed rectius ex *art.CXXXVII.* repetere debuisset, nec ambagibus opus habuisset, quam *definita* hic adsit sanctio, tanquam firmissimum Asylum, de quo, si constat, suppetias ex jure peregrino petere, non opus. Jubet *c. l.* Imperator, ut vel ante decollationem *trahae* alligetur, vel *forcipibus* prehendatur, qui caedem commissit *unter nahen gesippten Freunden.* Quis vero ignorat vocem *Sippsuhafft* usu loquendi *consanguinitatem et affinitatem* promiscue notare. Saltim aevo *Carolino* res clara, ut ex *art. CXVII. C. C. C.* apparet, ubi haec appellatio diserte *affinitati* tribuitur, ut inspecto articulo protinus apparet. Unde non habet, quod tantopere hanc sententiam impugnet LEYSER. *ad ff. sp.* DCV. et ex *speculo Suevico c.* CCCLXX. oppositionem *der Sippe und. Schwägerschafft* demonstret. Ut enim taceam *cit. l. schwagerliche Sippe* occurrere, adeoque *Sippschafft* in genere *Cognationem* notare, et aliquando tantum per praedicatum *schwagerlich* determinari, non vero proprie *affinitati* opponi, mihi certe sufficit, CAROLUM, verborum suorum optimum interpretem, vocem *Sippschafft* ad *affinitatem* alibi traxisse, adeoque in cit. *art* XXXVII. sine dubio sui non immemorem idem sensisse. Quod si ergo fundamentum dictae poenae in lege nostra latet, praxis ejusdem hodierna auctoritati CARPZOVII gratis tribuitur a LEYSERO *c. l.* licet, eam inde tanto certiorem esse factam, non negaverim. Interim ex his lucem foenerantur, quae Autor de *genero, nuru, privigna* proponit. *Qu. IX. N. LXII.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM IX. N. 10.

Parricidium filii illegitimi, cujus plures se parentes esse, professi.

Huc quoque aliam ordini nostro oblatam speciem refero, qua ex *sociis*, qui puellam carnaliter cognoverant, filiumque natum *suum* omnes agnoverant, *alteruter* eundem suffocaverat. Tum impossibile erat determinare, uter ex illis *verus* pater esset suffocans, an alter, tametsi uterque in *solidum* se patrem professus, ac ad alimenta condemnatus erat. Unde in dubio sola *gladii* poena sufficere visa est.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM IX. N. 24.

Lex Pompeja de parricidio ad adoptivos non pertinet.

Difficilior est disquisitio de parentibus, vel filiis *adoptivis*. Comprehensos eos fuisse *lege Pompeja* ex argumentis nonnullis conjecit Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* VI. *c.* I. *N.* III. Contra non comprehensos, putavit Berg. *El. crim. pag.* 110. nec sine ratione, quandoquidem lex ista magis *naturalem*, quam *civilem* necessitudinem spectavit. Qua in re cum implicite consentiat *Carolina*, naturalem cognationem ubique praesupponens, *gladii* poenam cum aliqua exasperatione secundum juris analogiam reo imponere juvat. Struv. *observ. crim. C.* VI. *obs.* II.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM IX. N. 27.

Vividefossio parricidarum abrogata. Non usus et durities suffocationis in aquis impugnatur. Haec suffocatio in infanticidio aequissima. Leyserus refellitur.

Praxin foedissimae *vividefossionis*, cujus meminit Carolus V. *art.* XLI. ex professo illustravit ex variis testimoniis Dreyer *de poen. vividefoss. et* Kress. *ad cit. art.* §. I. *N.* V. confirmant, diuque servarunt *annales Noricae* teste Danreutero *in Nemesi Norica c.* VI. §. II. *et leges Tyrolenses* de quibus vid. Froelich. *P.* II. *Lib.* II. *Tit.* XI. *N.* II. Hoffmann *in collat. Constit. Carol. cum Sanct. Joseph. P.* 9. Jus *Ditmarsicum*, Maurit. *Cons. Chilon. P. I. Cons.* XI. *N.* VI. Sed hodie memoria ejus ubique obliterata est, ob singularem atrocitatem, substituta suffocatione in aquis. Testatur id experientia, in specie de *Austria* et comitatu *Tyrolensi* Froelich. *c. l. de Episcopatu Salisburg.* Bluml. *ad art.* CXXXI. *C. C. C.* de *Holsatia* Maurit. c. l. et B. Parens *Tom.* III. *P.* III. *cons. DCCCLX.* adeo ut licet Jus Provinciale *Eiderstandense MDXCI*. publicatum, illam nominatim probaverit, usum contrarium in ipsa Holsatia comprobet Responsum in calce cit. opusc. a Dreyero adjectum. Interim ob patricidium ali-

cubi paulo atrocior, nimirum *dissectio* retenta, ut de *Austria* refert FROELICH *c. l. Tit.* X. *N.* II. Imo vix est, ut hodie suffocatio obtineat, quin potius ea ex intempestiva misericordia, et nescio, qua duritiei opinione, plerumque eluditur a JCtis. Fieri id testis est KRESS. *c. l.* LUDOVICI *ad art.* XXXI. HERT. *Resp.* CCLXXVI. GRASS. *collat. Jur. Rom. cum Rec. Imp. p.* 645. Sed praeter rationem, ut recte censet LEYS. *Sp. DCX. Med.* I. *Parricidas*, inquit, *qui humanitatem omnem exuunt, ipsoque naturae vinculo se exsolvunt, atrocissime puniri, et exemplum statui, quo alii ab infando facinore absterreantur, aequissimum est. Ergo gravis est ac terribilis culei poena, non dura, sed delicto suo conveniens.* In eundem prorsus modum philosophatur *Autor* noster *Num.* XXVII. et ANT. MATHAEI *c. l. p.* 579. quibus non invitus applaudo. Audiunt vulgo JCti *fratres misericordiae*, dum ex cerebrina aequitate leges manifestas torquent, lacerant, secant, modo ut illas evertant. Et dubito, an haec appellatio alicui magis conveniat, quam illis, qui vel inani praetextu *consuetudinis* poenam suffocationis, clara lege fundatam, negligunt; et simpliciter ad *gladium* confugiunt, vel saltim ex *levissimis* h. e. fatuis caussis, quavis occasione, ope illius hanc molliunt et moderantur, contra quos in specie scripsit LEYS. *c. l.* Est sane parricidium infaustissimum, *quo una maleficio*, teste CICERONE, *scelera omnia complexo esse videntur.* Ergo nulla injuria, nedum *inhumanitas*, committitur, si omnium gravissima poena in illud statuitur. Adhaec in hypotesi suffocationem in aquis *duritie* singulari laborare, nec evictum est, nec evinci potest. Nullus est modus quo mortis cruciatibus quis *facilius* defungitur, citiusque spiritus alicui praecluduntur, quam immersio, dum sensuum functionem tollit, efficitque, ut si quae nota *crudelitatis* concurreret, reus eam sentire non posset. Sola itaque *opinio*, eaque falsa, crudelitatem *imaginarium* alit, quam magis tollere praestat quam obfirmare. Duriores ea in re *Galli*, qui asperiorem poenam parricidis infligunt, et *candente forfice* eos discerpi, tum artus ad *rotam* diffringi, ac *concremari* jubent, referente BODINO *in daemonom. Lib.* IV. *c.* V. *p.* 375. Satis de caede parentum. Quid vero de *liberorum* recens natorum caede dicendum? Si ex sententia LEYSERI *Sp. DCI. Med. I.* judicandum, in infanticidio asperitatis notam non effugit suffocatio, adeoque *misericordia* quaedam pro molliendo genere supplicii admittenda, quia, quae caussa *liberos* impellit in caedem *parentum*, ad lucri, et potiundae haereditatis spem referenda, et in se turpissima, contra *infamiae metus*, et existimationis conservatio per se laudabilis, *infanticidia* parit, et parentes plerumque invitos, ac illacrymantes ad facinus impellit. Sed uti vindictae, et ultionis studium omnibus homicidiis ut plurimum est commune, imo aeque, ac cupido potiundae haereditatis, *parentes* ad nefarium scelus impellere potest ac solet; ita nescio, qua veri specie *honoris* conservandi commentum misericordiam judicis provocare in infanticidio posset. Fac existimationis tuititionem *in se* laudabilem esse, tanto majori *odio* omnino digna erit, si obtenditur facto per se *turpissi-*

mo, et quod, quia in inermem, et defensione imparem exercetur, veniam nullam meretur. Alioquin hoc Asylum commune paratum esset omnibus de infanticidio convictis, quod e diametro refragatur legi officioque judicis, jus ad factnm applicare constricti.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM IX. N. 31.

Nece infantis a matre commissa impraegnator fustibus caedendus.

Mallem hic cum Brunnemanno *de proc. inquis. Cap.* IX. *N.* LXXII. poenam extraordinariam asperiorem substituere. Nam in stupratore ad minimum causa occasionalis, sine qua facinus non processisset, latet. Praeterea in poenis arbitrariis *eventus* primario determinat sententiam, eamque intendit, si pessimus fuerit. Denique strupator saepe dissuadendo necem impedire potest, quam fieri posse, non ignorat, quo neglecto, culpam in omittendo committit, quae visiones conjunctim ad *corporis adflictivam* utique sufficiunt, nisi justa et probabilis graviditatis *ignorantia*, aut iterata violentiae dissuasio, effato ipsius infanticidae, vel aliunde probata, eum excuset; quo casu a sententia Auctoris non recedendum.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM IX. N. 61. seq.

Omissa dolose umbilici obligatione, vel denegatione alimentorum, suffocationi locus.

Quotquot hic infanticidii species referuntur, *committendo* perpetrantur. Quid, si *ommittendo?* Pertinet huc famosa species de matre *umbilicum* vel plane non, vel non ita obligante, ne effluxus sanguinis partum perimat. Fit hoc saepe per incuriam, ac imprudentiam a foemellis *primiperis*, ejus rei ignarissimis, quae solius culpae reae sunt, *latioris*, si solae: *levioris*, si praesentibus aliis parturiunt, et fiducia in has collocata, obligationis umbilici curam non habent, qualem speciem habet Lyncker. Resp. XXXIX. *N.* LII. Nonnumquam intermissio fit *dolose* ac scienter, imprimis ab illis, quae jam *saepius* partus enixae, ignorantiam probabilem obtendere nequeunt. Kress. *ad art.* CXXXI. §. I. *N.* III. Et circa has quidem nonnulli clementiores sunt, quam par erat, causati, matrem tum *manus impias* partui non intulisse, sed omittendo peccasse, quam rationem in simili specie allegat Beyer *ad art.* CXXXII. *Pos.* II. et Autor. *Qu.* XI. *N.* XXIX. Ego vero nil quicquam mutandum censeo, quum mater etiam hic causa *proxima* mortis sit, et modus natum vita privandi non ingrediatur, essentiam homicidii, vel parricidii dolosi, si, quod suppono, *vitalitas* indubia, conf. *Cons. Tubing. T. V. Cons.* LXXXVII. *N.*, VIII. consentit Leyser *Sp.* DCXI. *Med.* XXXII. Interim a medicorum felici vel infelici testimonio salus infanticidae pendet, quum saepe sectio *speciales* rationes pro illa subministret, et dentur in arte periti, qui caussam mor-

tis necessariam omissae obligationi non *absolute* inesse perhibent. Par ratio earum, quae *alimenta* necessaria infanti intercipiunt dolose, Leyser. *cit. Med.* XXXIII. *conf. Qu.* IX. *Obs.* V.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM X. N. 9.

Expositio etiam ex tempore fit periculosa. Animus directus necandi per torturam eruendus, licet expositio sit liquida. Expositio merito suffocatione in aquis coërcenda. Beierus notatur. Expositio infantis ab extraneo facta gladio luitur.

Species, quae hic traditur, absolvitur *dolo*, ac *eventu*. Et circa illum quidem, cum de poena mortis in genere quaeritur, nil interest, quomodocumque demonstretur, sive

I.) ex qualitate *loci*, ob rariorem hominum frequentationem, partui exposito periculosi, sive alias

II.) ex *deliberato* consilio, partum inedia perimendi, confessione vel legitimis mediis probato, tametsi locus expositionis non fuerit *solitarius*. Hujus enim Autor non tamquam essentialis ad mortis supplicium requisiti, sed velut circumstantiae, qua *communiter* liquidum fit, quod hic supponit, consilium scelestum, mentionem injecit. Unde etiam ipse Carolus V. quem explicat Autor generatim *das gefahrliche Hinlegen*, ad mortis poenam exigit, quae phrasis omne factum comprehendit, ex quo *per se* expositio solet esse mortifera, sive ob *loci*, sive ob *aliam* circumstantiam. Ita vero

III.) *temporis* conditionem omittere non debuisset Autor, quae magni utique ad dolum inferendum momenti, quoties tempore *nocturno*, vel *hyemali*, aut saltim *rauco*, quod parvulis non potest non lethiferum esse, expositio facta, quantumvis loci respectu, ob frequentiam hominum, vix periculum adfuerit, B. Parens *Jur. Eccl. L. V. Tit. II. §. fin.* Quod contra Clasenium moneo, qui frigus ad eam speciem, ubi per *accidens* mors sequitur, et sic mere *culposum* factum subest, sine solida ratione refert. Atque horum argumentorum quodlibet per se concludit ad consilium malignum inferendum, adeoque *alterutrum* cum eventu sinistro conjunctum esse, sufficit. Majus dubium circa genus poenae his casibus emergit, intuitu cujus multum interesse reor, quod non satis Autor observavit, dum utramque gladii et culei poenam *promiscue* probat, quarum alterutra tamen tantum legitima esse potest. Videlicet distinguendum, utrum qui exposuit, de loco vel tempore periculoso convictus, animum occidendi pertinaciter etiam superatis tormentis neget, an eum fateatur: ibi poena *gladii* obtinet, quia tunc adminimum animus necandi *indirectus* cum dolo conjunctus, et res illicita per se ad mortem eventualiter inferenda apta adest, cujus solum gladium vindicem esse supra *Qu.* I. docui, quantumvis ipsum homicidium, cui is animus accessit, alias *qualificatum* audiat. Hic vero *suffocationi* locus est, eo, quod cum animus *directus*, tum *verum* quoad omnes partes es-

sentiales *parricidium* concurrat, et utrum quis liberos *immediate*, an *mediate* perimat, nil referat, adeoque sola conjunctio animi cum homicidio qualificato *feralem* sententiam probet. Suadet hoc temperamentum legum nostrarum *analogia*, quam, ubi definita sanctio deest, ob oculos in interpretatione ac applicatione habere oportet. Inde vero concludo: I.) priori casu ad *definitivam* sententiam non protinus recurrendum, sed ante omnia torturam decernendam,et explorandum, utrum mater exponens de animo *directo* convinci possit,quia de *asperiori* supplicio hic quaestio emergit, et locus tempusque periculosum, quantumvis per se animum indirectum inferat, solum *indicium* directi contineat, ex quo solo condemnatio atrocior ferri nequit. Aut itaque fatetur in tormentis animum directum, de quo solo interroganda, aut non; illo casu poena *parricidii* applicatur, hoc ea remittitur, et quasi ob animum indirectum dolosum per se liquidum, nec per torturam purgatum, sola *gladii poena* ut ante dictum, surrogatur. Neque obstat, quod animus indirectus dolosus in homicidio *simplici*, sine medio eruendi protinus ad mortem inferendam sufficiat. Nam in hoc animus directus, ceu *Qu.* VII. docui, non majorem, quam indirectus poenam meretur; quo fit, ut torturae applicatio prorsus utilitate destituatur, e contra eam in praesenti specie, quae atrocior, utique quid relevare, ex imminente suffocatione appareat: II.) Peccare interpretes, qui, dum de genere poenae in casu expositionis solliciti, suffocatione prorsus posthabita, textum de solo *gladio* vindice accipiunt, verbis indefinitis *am Leben* decepti, quae in dubio in benigniorem partem accipienda perhibent. Nam sic species parricidii distinguunt, quae reapse coincidunt, et solo *modo*, natos necandi, differunt. Quando rectius *expositio* infantis dolosa *verum parricidium* esse, et ideo ab Autore contra vulgaria tradita, suffocatione digna esse statuitur *N.* VIII. quod fieri non potuisset, nisi ipse persuasus fuisset, rationem quam vulgo fingunt, quod hic omittendo, et sic *excusatius* peccetur, esse parum concludentem. Unde nec eundem ab hac sententia cohibuit locutio *cit. art.* generalis *am Leben*, quae, tametsi alias et *in dubio* quidem, de mitissimo genere mortis accipitur, hic tamen ob defectum dubii concludentis pro *substrata materia* de poena parricidii explicanda. Mirandum ergo quod plerique Autorem derelinquant, et *observantiae* plus aequo tribuant, opus pium, et meritorium fecisse rati, si in sola *gladii* poena subsistant, quam hodienum praeter Bullaeum, Stephanum, Clasenium, Beyerum, Kressium *ad hunc art.* tuentur *Jureconsulti Tubingenses Tom. IV. Cons. LXXIX. N.* XIX. Besoldus *consil.* CCVII. Clarus *L.* V. *sent.* §. *parricidium*, JCti *Hallenses*, apud B. Parentem *T. II. cons.* DCCCLX. Alicubi tamen, veluti in *Bavaria* lege provinciali *Tit.* VIII. sola gladii poena nominatim probata, teste Maurit. *consil. Chilon. P. I. Cons.* XI, *N.* VIII. III.) Vanum esse refugium Beyeri *ad art.* CXXXII. *C. C. C. Posit.* XI. qui rationem differentiae in eo quaerit, quod in hac specie manus impiae *immediate* partui haud inferantur, quum tamen haec circum-

stantia nec dolum, nec eventum alteret, ut *Q.* IX. *Obs.* V. ostensum. IV) Expositionem periculosam ab *extraneo* factam non huc, sed ad doctrinam de homicidio *in genere*, pertinere, quia inter extraneum et infantem nullus *parentelae*, sed solus *communis* nexus intercedit, quem natura inter omnes homines constituit, ex quo si partus periit, solum *homicidium* concludi potest, in quam sententiam, qui talem speciem proposuit, etiam inclinat Leyser *Sp.* DCXIII. *Med.* I.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM X. N. 12.

Infante exposito servato, non capitalis sed corporalis poena obtinet.

Verba allegati articuli *alternativa* sunt clariora, quam ut in proposito casu capitale supplicium cum Zierizio ac Bullaeo praecise comminisci liceat maxime cum etiam hic verum sit, quod alibi scribit Leyserus *Sp.* DCX. *Med.* V. nec *solum animum* sine eventu, nec *solum eventum* sine animo ad mortis poenam sufficere. Rectius *corporalem* vindictam cum Autore defendunt Hahn. *ad W. tit. ad L. Corn. de sic.* et Kress. *c. l. N. I.* non obstante, quod verba *an Leib* illi casui ubi infans periit, propria, adeoque, argumento a contrario ducto, *relegatio* sufficere videatur; ubi servatus, quandoquidem ipsa *crudelis intentio* casu impedita reatum augeat, nec melioris conditionis efficere possit tam maligne de sanguine suo sentientem, quam illam, quae *fatua* ex caussa, sed fato ita ferente, mortiferam suscepit expositionem, ut recte ratiocinatur Kress. *c. loc.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM X. N. 24.

Infante incolumi reperto aliquando mitior poena. Honoris conservandi exceptio quatenus admittenda? Sponsa constuprata partum exponens mitius punienda.

Sententia Autoris, quod infante exposito *incolumi* reperto, mater exponens relegationem subeat, admitti potest, si nullam infantis curam post expositionem animum subire patitur, quia actus inventionis mere fortuitus est, et eventus bonus magis *casui* tribuendus, qui male cedere potuisset, nec exponentem in totum excusat. Aliud, si donec levatus, excubias egit, et maternum amorem non prorsus ejuravit, cui', monente Kressio *ad art.* CXXXII. *C. C. C.* poena carceris sufficit. Nam haec non aeque, ac prior, soli *fato* vitam infantis consecravit, nec videtur unquam mortem admissura fuisse, si spe sua se frustratam vidisset, quae momenta ad *diversitatis* rationem sufficiunt. Caeterum, quod Autori contra probatam hic *honoris* conservandi exceptionem vulgo aggerunt, levius est, quam, ut crisin mereatur, et quantum satis profligatum a Kressio *c. l.* Licet enim huic allegationi in casu mor-

tis secutae parum tribuerem, ut recte judicat KIRCHGESNER *P.* V.*c.* XIV. *N. XX.* et fatetur strenuus reorum defensor GRANZIUS *de def. reor. P.* II. *p.* 154 *N.* CCXLII. magni tamen videtur momenti circumstantia, si partus cauta expositionis executione servatus. Enimvero hujusmodi factum simplicem ignominiae et oneris declinandi excessum involvit, *inhonestum* quidem, ast *innoxium* praecipue in foemellis, amore vel insidiis stupratoris correptis, et alio medio securo honestatis opinionem servandi destitutis, adeoque misericordia prorsus non indignis. Multo magis hoc in iis servandum, quae a *sponso* stupratae, sed postea ab eo desertae, et hoc facto ad expositionem, quae ex *eventu* innoxia fuit, adactae. His enim multum prodest honestus *desponsationis* nexus, et spes matrimonii, sub qua in concubitum consenserunt, adeoque postquam partum enixae, per expositionem innoxiam minus, quam ab *extraneo* constupratae, peccarunt. Unde in tali specie *carcerem* durum dictavit ordo noster. *Conf.* LYNKER. *Resp.* CCCI. *N. III.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM X. N. 28.

Alimentatio expositorum ad quem pertineat? In dubio habendi pro illegitimis.

Haec decisio non ex omni parte ab interpretibus agnita. Sunt enim, qui hoc onus ecclesiis exemplo SURDI *de Alim. Qu.* LXXXI. PEREZ. *in C. tit. de exposit. infant. in fin.* vel *principibus*, qui bona amissa, aut vacantia suarum dictionum percipiunt, imponunt, CARANZA *de Part. C.* IV. *sect. II. N.* CLXXIII. sed utrobique sufficientem rationem connexionis desidero, quod pietas ecclesiis suadet, obligationem *perfectam*, sine lege, haud inducat, licet in hanc rem veteris aevi varia decreta ecclesiastica extent, teste MORNACIO *ad L.* 18. *C. de Episcop. audient.* Multo minus a jure in *res* dominio vacuas, obligatio intuitu *personarum* a parentibus derelictarum pendet, tametsi quondam apud *Romanos* id ad fiscum pertinuisse ex *L.* 12. *C. Th. de alim. quae inop. parent. de publ. per deb.* discamus. Neque rationes eorum, qui cum Autore sentiunt, mihi satisfaciunt. Quod enim BERGER. *El. crim. pag. III.* profert axioma: *quae oriuntur a delicto, cujus cognitio pertinet ad jurisdictionem, ea etiam ad hanc referenda*, valde suspectum mihi videtur. Ita enim causa amissae *dotis* in foro criminali, ubi de adulterio actum, tractari deberet, quae manifeste Consistorio propria. Ad haec distincta sunt, cognitio de *crimine* expositionis, et *alimentatio* partus inventi, quarum illa huic occasionem dat, sed cum ea non connexa est. Et licet forum *continentiae* causae aliud suadere videatur, id tamen ad causas *litigiosas*, quarum altera jam pendet, pertinet, quibus hic actus *extrajudicialis* adnumerari nequit. Multo minus quod a *fructibus* jurisdictionis petitur argumentum stringit, ut plenius LEYSER *cit. sp. Med. VII.* evincit. Sed nec, ad quam ille confugit ratio, quasi jus *fisci*, cui id onus olim cohaesit, magistratibus *supe-*

rioribus communicatum, placet, quum ista communicatio in *facto* consistat, nec in Germania *universalis*, sed ad *Saxoniam* restringenda sit. Rectius mihi sentire videntur, qui *communitatibus* h. e. civitatibus, vel pagis alimentationem expositorum delegant, quando quidem cura pauperum vel egenorum, in quorum censu tales infantes utique sunt, in genere illis propria sit. De *Frisia* id testatur Sande *Lib. II. Tit.* VIII. *Def.* IV. nec non de *Episcopatu Wurzburgensi* Kirchgesner *p.* 581. Et tamen extra *specialem* observantiam cives temere gravandos non esse, asserit Titius *jur. priv. L. VI. c. IX. §. XV.*

Similis difficultas circa statum expositorum occurrit. Kressius *§. fin.* Bluml. *ad h. art.* Christinaeus *ad LL. Mechlinens. T.* 18. *art.* VI. *N.* VI. Leyser. *SP.* DCXIII. *Med.* XI. pro eorum *legitimis* natalibus praesumendum putant, et rationes varias in hunc finem conglomerant, quae *aequitate* non destituuntur. Neque etiam negandum, apud *Romanos* hanc praesumtionem facilius locum habere potuisse; quorum cives numerum liberorum legitimorum saepe horrebant, et frequenter hos *exponebant*. Verum quum hoc in Germania, quoad legitimos fere inauditum, contra frequentissimum, ex *stupro* natos a matribus publice exponi, ab eo vero, quod plerumque fit, capienda sit praesumptio, denique ex ipsa qualitate *expositionis*, quae in numero delictorum, citius *stuprum*, quam coitus *legitimus* inducatur, magis pro *negativa* pugnarem, et sic jura legitimorum circa admissionem ad opificia, vel collegia regulariter ipsis denegarem, cum B. Parente *in jure eccles. tit. de infant. languid.* §. XI. et Heinzio, *de eo, quod justum est circa expositionem infantum c. I. §. VII.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 4.

Fata distinctionis inter partum animatum et non animatum.

Distinctionem inter partum *animatum et inanimatum*, qui et jure Romano cum Caranza *de partu C. I.* §. XI. *N.* XII, repetunt, oleum et operam perdunt, quandoquidem JCti stoici vitae initium *respirationi* tribuerunt, antea partum non hominem, sed *spem animantis* esse arguerunt, nullis poenis *abortivorum* porrectionem *qua talem*, subjicientes, nisi quatenus huic legis *matrimonialis*, ad quam uxor quaelibet obligabatur, violatio inesset *l. 4. de extraord. crim. l.* 39. *de poen.* Bynckersh. *de jure occid. Lib. C. VII.* Quo ipso fiebat, ut procuratio abortus non *per se*, sed per *accidens* in crimen incideret. Primi premissae distinctionis architecti fuerunt *septuaginta interpretes*, qui textum *Exod.* XXI. *v.* 22. de foetu *animato* acceperunt, observante B. Parente *in jur. eccles. Lib. V. tit* X. §. XXXII. seq. et mortem cujus ibidem mentio fit, ad *foetum* retulerunt, quum tamen ad *mulierem*, notante Grotio et Clerico, referri debuissent. Quicquid sit, ista doctrina arrisit Augustino, qui jus Mosaicum interpretaturus *c.* 9. *C.* XXXII. *q.* 2. animam *vivam* negat,

quae *sensu* caret, et ideo abortum, nisi partus animatus, vel formatus fuerit, a reatu homicidii eximit, cujus vestigia postea pressit *pontifex* in *c.* 20. *X. de homine.* Licet vero aula Romana nonnunquam parum bene de abortivis in genere senserit, ceu ex *Taxa Cancellariae* pro absolutione ob hoc crimen dari solita, promissa P. I. *T.* XV *Tractatui Tractatuum*, qui duce et Auspice Gregorio XIII. prodiit, apparet, tamen mitescentibus paulo post moribus JCti in Scholis ac foro supra dictam distinctionem ob auctoritatem juris *Canonici* propagarunt, Thesaur.*dec.* XII. *n.* III. A quibus Carolus V. alienus non fuisse videtur, qui, licet in *art.* CXXXIII. *C. C. C.* ad procurationem abortus pertinente, tantum indefinite *eines lebendigen Kindes*, item *das noch nicht lebendig*, mentionem injecisset, tamen antea *art.* CXXXI. verba *lebendig et gliedmasig* conjungendo, de formato vel *animato* sine dubio cogitavit. Quis ergo vitio vertet JCtis, qui etiamnum hac *distinctione* pro determinanda poena utuntur, et sic cum lege loquuntur, Müller *de jure Embryonum c.* IX. *Th.* VII. Stryck. *U. M. tit. de extraord. crim.* §. XIV. Solus Brunnemannus *de process. inq. c. IX. N.* LXIX. eam cum legibus *divinis* non conspirare, Zieritz vero ad *h. art. falsitatis* incusare, aut saltim sibi non constare *quando*, anima praeditus esse incipiat partus, existimat. Sed praestat cum lege scripta navigare, nec temere de sanguine effundendo, in quo cardo disputationis latet, judicare. Equidem partum a tempore *conceptionis* animatum esse, non nego. Quomodo enim *crescere* in utero posset? certitudinem vero vitalitatis in *hypothesi* admittere nequeo, antequam illa ex *signis* moraliter certis elucescat. Unde, quum in causis sanguinis sine ea feralis sententia definiri nequeat, sed *tutior* via praeferenda sit, non video, cur ab allegata distinctione recedendum, et dira quaevis poculum haurientibus praeparanda, quoties scire nequit, an foetus *vixerit?* num semen fuerit *utile?* an denique partus unquam lucem visurus sit? Fatentur ipsi medici uterum ad ejicendum foetum esse pronum ac facilem, quamdiu de *motu* non constat, post illum vero difficiliorem, ipsumque abortum *rariorem.* Ergo ista certitudinis discrepantia sufficere poterit judici pro temperando contra partum non formatum supplicio capitali.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 7.

Terminus embryonis vitalis alius de jure Saxonico, alius de jure communi.

Quum Embryones trium vel quatuor mensium *formati* quidem sint, sed *vitales* in sensu *juridico* non habeantur, inconcinna mihi videtur appellatio partus *formati et non formati*. Melius partum vitalem, et non vitalem dixeris. Tempus, quod jus *Saxonicum* pro termino decidendae *vitalitatis* adoptat, parum ad rem facit, quum ipsum conceptionis punctum, unde illud dependet, gravidae ignorent. Rectius itaque extra Saxoniam ad *motum*

in utero recurritur, isque per confessionem matris spontaneam, vel tormentis extortam eruitur, BERLICH. *P. IV. Concl.* VIII. *N.* III. B. PARENS *J. E. Lib.* V. *tit.* X. §. XL. Quo facto, si eum fatetur, capite facinus luit, sin negat, et tormenta subiit, relegatur. Quod utique capiendum de matre, quae hausti scienter ac *dolose* poculi suspecta est, non casu, quo *bona fide* haurienti extraneus poculum porrexit. Neque tamen ea in re temere *matri* credendum est, culpam omnem depellenti, et in extraneum transferenti, nisi nominatio circumstantiis *verisimilibus* vestita, aptaque fuerit ad vincendam *bonitatis* praesumtionem, qua *tertius* quilibet se tuetur.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 11

Abortus in matre suffocatione, in tertio gladio vindicatur, sive fuerit pater, sive extraneus.

RIGOR Carolinae, *matri, propriis* visceribus vim facienti, culeum, *extraneo*, poculum praeparanti *gladium* minatur. Sed praxis aequali jure, quoad genus poenae utrosque aestimat, et in solo *gladio* subsistit. Nec forte in hac specie sine ratione, quia multis dubiis ob *incertum* nativitatis eventum procuratio abortus implicatur, ita ut neci, vel expositioni infantum, quarum quaelibet nativitatis *certitudinem* supponit, simpliciter vix aequiparari possit. Qua de re etiam jus *Austriacum* hoc poenae genus tantum memorat, teste FROELICHIO *P. II. p.* 209. Magis mirum, quod CAROLUS V. ubi de *extraneis* abortum procurantibus agit, ipsum *patrem* foetus, quem gravius peccare, in proprium sanguinem saeviendo, constat, non separaverit, sed cum quocumque alio praeter matrem, ejusdem conditionis esse voluerit. Qua in re mihi non satisfacit responsio SLEVOGTII *de crim. abort.* §. XVI. quod semper et ubique in matre *major* dolus sit, et nisi haec poculum biberet, aut pateretur corpori vim fieri, alter, *quisquis* ille fuerit, frustra de ejiciendo partu laboraret. Nam sic de quovis *mandatario* quoque dici posset, eum tanquam executorem semper in majori dolo esse, quam *mandantem*, quod tamen veritati repugnat. Et, quid si mater bona fide ab impraegnatore, aut marito porrectum biberit, vel invita vim ab eo passa sit? quo certe casu per se dolus matris frustra allegatur, et omnis culpa in alterum cadit. Peccat mater *dolosa* graviter, dum sanguinis sui immemor est, dum promovet scelus, quod declinare potuit, sed non minus peccat *pater*, qui nati sui corruptionem molitus, et mulierem, forsan tale quid non cogitantem, ad haustum poculi provocat. Est ergo *aequalis* patris, et matris, non hujus major imputatio, adeoque nulla caussa rigoris in hanc decernendi. Sed in foro satius ducunt legem claram sequi, quae reapse mulierem prae alio *quocumque* extraneo durius coërcet, hunc vero melioris conditionis facit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 25.

Poena percutientis ac terrentis gravidam.

De poena percutientis gravidam unice ex *qualitate facti* judicandum, et inde simul doli vel culpae argumenta petenda. Quid enim, si percussio fuerit atrox, continuata, cum vulneribus conjuncta, robustissimo cuique sensibilis? num abortus per *accidens* evenisse colligendus? an non potius animus dolosus *indirectus* admittendus? Par ratio *terroris*, qui si levior, mitius, sin gravior, nec constantissimae mulieri tolerabilis, severius coërcetur, non tamen *capitali* poena, nisi hostili, nocendive animo injectus. Saepissime enim cum mera *lascivia* terror conjunctus, quem, etiamsi abortum procurare per se ac plerumque soleat, tamen in foemina molli ac infirmae sanitatis, tanquam speciem culpae *latae*, non nisi extra ordinem coërcendum reor, quum terrenis conditiones *subjecti* non semper cognitas habeat, nec inter jocum de iis cogitet. Huc refero, si *spectrum* horrendum infaustum, cui lumen ademtum simulatur.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 27.

Dubia Hoffmanni contra existentiam abortivorum refelluntur.

Efficacia *medicamentorum* utique non minimam partem corporis delicti constituit, pendet tamen a relatione *medicorum*, de nexu ejusdem cum abortu secundum regulas artis judicantium, quos merito in applicatione jurium sequuntur JCti. Sed forsan quaestio *praejudicialis* est, an dentur abortiva, partum per se ejicere apta? Negat eamdem magni nominis medicus Fridericus Hoffmannus *in diss. de laesion. extern. et abort. obs.* XII. causam foetus expulsi *morbosae* dispositioni corporis, ac naturae tribuit, graviterque increpat JCtos, qui secundum leges *criminales* feralem sententiam iis parant, quas maligno consilio *abortiva* hausisse constat Sed res salva est, nec quicquam his momentis cohaeret, ex quo *corpus delicti* lubricum fieri posset. Ut enim taceam vim quorumdam medicamentorum ad abigendum partum aptorum, ab aliis medicis extra dubium collocari, Alberti *de abort. violent.* ratio, quam a *dispositione* naturali petit cit. Hoffmannus, parum concludit. Si concluderet, nec *veneficium* nec *homicidium* committi posset, quorum neutrum sine dispositione corporis effectum producere potest, quod tamen asserere velle, ridiculum. Quomodo enim *vulnus* lethiferum posset infligi pericardio, si per hoc gladius non penetraret? quomodo *venenum* necaret, si indoles viscerum illud ferre, et innoxie per alvum ejicere posset? quomodo vehemens *sanguinis* impulsus, quem sine dubio abortiva excitant, uterum turbaret, si illa cum conservatione infantis subsistere possent? Dispositio naturalis producit *aptitudinem*

ad laesionem, et caussam sine qua non constituit actualis *vulneratio* veneni et abortivi *porrectio* autem illud ipsum momentum constituunt, quod abusum aptitudinis *criminalem* producit, et caussam *proximam* laesionis, vel eventus tristioris subministrat. Unde quando leges contra talem eventum *culpabilem* quid sanciunt, per se aptitudinem supponere debent, quia sine hac laesio impossibilis et ridicula foret. Neque distinctio inter aptitudinem *generalem*, et *specialem* contrariae sententiae profutura est, quasi illa quidem negari nequeat, haec autem, quam *subjecti* alicujus morbida aut infirma conditio subministrat, non ubique liquida, et tamen ad ejiciendum partum necessaria sit. Haec inquam, non magis concludit, quam si quis vulnera, quae robustus, non aeque homo senilis aetatis perferre, *non lethalia*, et si huic illata contigerit, ob defectum *specialis* dispositionis a reatu homicidii aliena dixerit. Promovet utique et faciliorem exitum parat *singularis* ista dispositio, non aeque *proxime* producit mortem, aut abortum, si desint *abortiva*. Imo, ex eo quod abortiva *promovere* dicuntur lethum, recte colligitur illis venenum nocivum utique inesse. Denique, quae tandem culpa in *judices* transcribenda, qui eum ad leges obstringantur, medicorum renunciationem in sententionando sequuntur, et si peccant, periculo *medicorum* peccant, non *suo*, modo omnes *possibiles* praecautiones in corpore delicti indagando adhibuerint.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 33.

Parricidium omittendo commissum.

RATIO a denegatione *auxilii* petita suspecta, et falsissima est, ut ex traditis *qu. antec.* apparet, quorum immemor Autor in hanc sententiam incidit. Quoties enim talis omissio caussa mortis *immediata* est, toties pari passu cum *commissione*, et actione *positiva* ambulat, ceu pluribus antea docui. *Qu.* IX. *Obs.* V.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 36.

Cum muliere in latrinam partum ejiciente quomodo procedendum.

ADMITTO sententiam Auctoris, sed cum aliquo *temperamento*, quo opus, ne turpissima cautela foeminis subministretur, id quod *palam* non licet, *clam* suscipiendi. Accedit, quod *nisus* ad ventrem exonerandum, semper parturientibus proprius, eaque de causa cavendum sit, ne *omnem* usum culei hac ipsa exculpatione eludant. Nimirum, si *dolose* ad latrinam accedunt, in dubio quidem gladio puniendae, modo non ex partus facilitate, et cadaveris structura *vita* argui possit. Ex his enim moralis certitudo vitalitatis elicitur, quae ad poenam *ordinariam* suffi-

cit. Si dolum negant, et tamen aliunde de eo suspectae, ante omnia sub *fidiculis* de eo interrogandae. CLASEN. *h. in fin.* Errant enim teste eodem, qui in hac specie mox ad *extraordinariam* poenam confugiunt, quae tunc tantum locum habet, si assertionem sub tortura firmarunt, qua *dolus* quidem, non *culpa*, quae hic manifesta, eliditur, 2) si circumstantiae a stupiditate, singulari honestate, et professione graviditatis *palam* facta assertis fidem conciliant, quamvis etiam hic securius ad *purgatorium* recurratur, ut se a dolo liberent.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 55.

Scientia, sine auxilio, vel promotione, poenis parricidii non subest. Auctor contra Oldekopium defensus.

SATIS vaga ac indeterminata est haec, a conjuncto cum *scientia* auxilio, desumta exceptio. Nam nondum expeditum est, quid appellatione *auxilii* veniat. Num dictum, vel factum, effectum criminis producere aptum, an aliae operae proxeneticae, in se quidem vitiosae, sed nil ad effectum contribuentes? Ego de *prioribus* Auctorem intelligo, et catenus cum ipso sentio. Ita vero nullius momenti est critica OLDEKOPII *decad.* V. *Qu.* V. qua inadvertentiae auctorem accusare, et principia ejus male adplicata esse ait ad casum *N.* LII. allatum. Nam quicquid ibidem objicitur in eo consistit, quod

1.) praesens vidisset, nec ullo verbo dissuasisset faucium compressionem

2.) foetum tum suffocatum terra coopertum abscondisset. Prius vero nudum *assensum*, qui in actionem alterius non influit, continet, posterius ad actum semel *perfecte* consummatum conferre nil potuit, adeoque neutrum auxilii, aut *promotionis* speciem habet. In summa circa quaestionem de punienda *scientia* hujus criminis varios *gradus* distinguendos esse recte monet LEYSER. *sp.* DCXII. *Med.* I. *seq.* Horum *infimus* est, ubi quis, quum crimen certo quidem non scivit, suspicatus tamen, commode, quum posset, non prohibuit. *Alter*, seu *medius*, si de maligno consilio persuasus, id dehortando impedire neglexit. Utroque casu nil fit, a quo *effectus* criminis imputabilis pendet, cessante quippe *obligatione* legali ad eum praecavendum, consequenter poena *civilis* cessat. *Tertius* denique, et *ultimus* gradus in illis conspicitur, qui, necem suspicati, quid faciunt, quod ni fecissent, vix *eventus* secutus fuisset, et sic rei *illicitae* quodammodo se immiscent, veluti, qui infantem puerperae, necem minanti, *offerunt*, vel in locum tutum *deferre*, aut matri exposcenti *denegare* omittunt. Atque his utique facto, vel non facto *promoventibus* necem, relegatio recte dictatur. Multo magis id obtinet ob concurrentem *obligationis* nexum, qui in singulis speciebus scientiam reddit culpabilem, quoties, qui non tantum *potest*, verum etiam *debet* impedire, quod scit, haud impedit. Unde hic eos, quos facinus prorsus non tangit, magnopere separandos autumo ab iis, quos

aliquod, non generale, sed *speciale* vinculum cohibere ab indifferentia debuit, sive ab *officii* ratione petitum, quale occurrit in *obstetrice*, sive in *sanguine* fundatum, quale est in *patre impraegnatore, consanguineis*, quorum dissimulatio puerperas audaciores et animosiores facere solet.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM XI. N. 59.

Fata vindictae in procurata sterilitate. Corpus delicti hic incertum.

PROXIMUM abactioni partus, est crimen *promotae sterilitatis in art.* CXXXIII. *C. C. C.* fundatum, sed ab Auctore nostro in hoc opere prorsus omissum. In id incidunt, qui quomodocunque cum se ipsos, tum alios ad *sobolem* procreandam *ineptos* reddunt, sive id fiat *medicamentis* venenatis, sive *virgae* virilis ademtione, sive *testiculorum* exsectione. Prioris speciem in *foeminis* olim famosam fuisse JUVENALIS passim notavit; posterior contra in sexu *masculino* nota. Illa damnata quidem, sed *judiciis publicis* non coërcita, cujus singulare exemplum refert MARCELLINUS *L.* XVI. de EUSEBIA Regina, quae, cum ipsa sterilis esset, *Helenam* Juliani uxorem per fraudem venenum bibere illexit, ut quotiescunque concepisset, immaturum partum abjiceret. Haec quo frequentius pedetentim facta, eo severius subinde coërcita. De DOMITIANO id testatur SVETONIUS *in vit. ejus C.* VII. laudesque ejus ea in re, quod minaciter *castrationis* pruritu interdixisset, extollit MARCELL. *Lib.* XVIII. Legis *Corneliae* enim reos declarat, bonaque in fiscum redigit, qui ejus criminis rei arguerentur, in ea constitutione, cujus mentionem rescriptum HADRIANI facit in *L.* 4. §. 2. *ad L. Corn. de sic.* A quo parum abludunt, quae CONSTANTINUS *in L.* I. *C. de Eunuch.* et JUSTINIANUS *in N.* CXLII. *C.* I. contra castratorum vesaniam sanxere. Vestigia Imperatorum presserunt *patres ecclesiae*, quibus grande nefas fuit, *semiviros* facere, vel *sui ipsius* homicidium committere, ut dicitur *c.* 4. 5. *D.* 65. adeo ut ipso concilio *Nicaeno* sui ipsius castratio severe prohibita, teste ROBERTO *Rer. jud. p.* 862. Eoque pertinet decretum concilii *Wormatiensis in c.* 5. *X. de homicid.* cum pluribus aliis, quae collegit GONZALEZ. *ad c. l.* Iisdem prorsus principiis tinctus CAROLUS V. quamcunque sterilitatis procurationem specie *homicidii* vetuit, *culei* poena *mulieri*, poculum haurienti, praescripta, *masculo* vero, illud scienter mulieri porrigenti, ad poenam *gladii* damnato. Probant, stricteque eam sanctionem defendunt veteres Carolinae commentatores tantum non omnes, ejusque criminis reis intermiscent, quos arte magica, vel superstitiosa, conjugatorum amori, fraena injecisse constat, capitali vel fustigationis supplicio iis praescripto, ut patet ex iis, quae eam in rem profert SIMON *de impot. conjug. C.* III. *Th.* CARPZOV. *Dec.* CLXVI. Et circa castrationem invitis factam non dubitandum, quin exemplo opus sit, pro vindicanda *intolerabili injuria*, et vere hoc modo procurata coeun-

di impotentia, quae tamen poenam *extraordinariam* vix excedit. Majus dubium circa poculum *sterilitatis* porrectum, vel sumtum occurrit, quod recte observarunt Bayer et Kress. *ad c. art.* Velut homicidium enim illud coërcere, salva analogia absque *corporis delicti* certitudine. Talis autem nunquam adest, quod peremta prolis futurae spes quae hic obtenditur, tam *lubrica* sit, ut de eventu, seu vere impedita conceptione nec constet, nec, si de ea constaret, quisquam auctor fieri posset, foeminam, poculo non hausto, prolem edituram fuisse. Ne dicam, *medicorum* nonnullos, medicamentorum ad procurandam sterilitatem aptorum *existentiam* prorsus negare, quibus facem praetulit Fridericus Hoffmannus *de laes. abort. et philt. obs.* XIII. Quae omnia efficiunt, ut parum utilitatis sit abitura sanctio haec *Carolina*, ipsis principiis primis jurisprudentiae criminalis usque adeo contraria, ut sine manifesta pugna cum iis subsistere nequeat. Inultum tamen hoc factum manere, ratio judiciorum haud patitur, poena autem vix *carcerem* vel *relegationem* egreditur, graviorque ob concurrentem injuriam illatam ei praeparanda, qui *ignoranti* tale medicamentum paravit, lenior huic, quae ipsa *scienter* illud hausit, qua in re consentientes habeo Berlich. *P.* IV. *concl.* VIII. *N.* LIX. Froel *ad Const. Crim. Car. pag.* 11. Engau. *Elem. jur. crim. P.* I. §. CCCCXVI. Unum excipio casum, si medicamenta hunc in finem data, alterum quoad *corpus* graviter laeserint, quo casu factum in *veneficii* speciem degenerat, et secundum ejus regulas graviter vindicandum, si quod supponо, de *corpore delicti* et causa laesionis ex relatione medicorum evidenter constiterit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XII. N. 17.

Uxoricidium gladio cum aliqua exasperatione coërcetur. Aliud de caede desponsatorum.

Non opus fuerat, nodum in scirpo quaerere, et explicationi juris Romani quoad conjuges vel desponsatos immorari, aut unitatem carnis anxie cum similibus conquirere, quum plana ac indubia sit sanctio *art.* CXXXVII. *C. C. C.* qua homicidium inter *conjuges* commissum, sive simplex, sive qualificatum, praeter poenam ordinariam gladii, vel rotae, sola quadam *exasperatione* ibidem definita vindicatur, ibi *zwischen Eheleuten*, cujus rei praxin etiam confirmant praejudicia apud B. Parentem *T.* II. *Cons.* MCLXXVII. *et T.* III. *p.* III. *Conf.* DCLVII.

Num vero ad *desponsatos* rigor pertinet? subsisto. Id enim cessante dispositione legis aliter fieri non posset, quam per modum *extensionis*, qualem argumentationem merito horrent JCti in causa criminali. Tametsi enim nexus qui hos copulat, eos merito a nefando facto avocare debeat, is tamen tantus non est, ut jura *conjugum* odiosa his applicare opus sit. Quare hic in poena *gladii* subsistendum, aut saltem ejus exasperatio ultra impositionem cadaveris *rotae* non extendenda. B.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XII. N. 56.

Divortium ob saevitias.

Sententia Auctoris de difficultate divortii ob saevitias, spirat saeculum, quo conceptus *sacramenti* JCtos cohibuit a totali separatione: sed mores hodierni desciverunt ab illa duritie, infaustum ac periculosum consortium augurante, imprimis si a tali profectae, aut ita qualificatae fuerint saevitiae, ut *cautioni* parum fidendum. B. Parens *in jure ecclesiastico tit. de divort.* §. XLIX.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XIII. N. 46.

Exasperatio poenae homicidii ob consanguinitatem vel affinitatem.

Eandem, quam antea cantaverat, hic cantat cantilenam Auctor, adeo ut utraque disquisitio quoad principia coincidat. Ego idem quod praecedente quaestione proposui, hic repetitum volo, sive de *consanguinitate*; sive de *affinitate* quaestio moveatur. Nam *art.* CXXXVII. *C. C. C.* jungit *Eheleute et nahe gesipte Freunde*, et ita ob proximitatem cognationis exasperationem poenae ordinariae probat; ut jam supra *Qu.* VIII. *obs. fin.* evici. Neque aliter jus *Palatinum* definit, teste Kirchgesnero *p.* 576. In praesenti saltem addo.

I.) regulas de *gradibus* matrimonialibus hic omne puntum ferre, et quid sit consanguinitas vel affinitas *proxima*, determinare. Ubi tamen multum *arbitrio* judicis dandum, an gradus lege divina proibitus *dispensabilis* sit, nec ne? ita ut hic quidem mortis additamentum, non aeque ibi locum habeat.

II.) Vix fieri, ut extra *fratres, et sorores*, vel *parentelae* respectum cum inter consanguineos tum inter affines, ab ordinaria homicidii poena recedatur. Nam verba *nahe gesipte Freunde* sunt nimis indefinita, et sic contra nimiam legis extensionem et augmentum poenae *strictissime* interpretanda.

III.) Affinitatem hic accipiendam *legitimam*, mediante conjugio contractam: non aeque *illegitimam*, quae licet in crimine *incestus* punctum aliquod ferat, in doctrina de *homicidio*, tanquam exorbitans, merito exulat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XIV. N. 10.

Poena infanticidii exasperatur ob reiterationem, necem crudelem, vel spem potiunde hereditatis.

Fundamentum, exasperandi poenam parricidii, clara lege nititur, et eodem modo in parricidio lineae rectae *art.* CXXXI. *C. C. C.* praescribitur ac in reliquis parricidii speciebus admissum *art.* CXXXVII. *C. C. C.* Quia vero rigor iste ad meram *exceptionem* pertinet, parcius nec sine praegnantibus caussis ad illum recurrendum. Tales *arbitrio judicis* committendae et in

genere ex *facti* qualitate pendent. *Reiterationem* nominatim in infanticidio his accenset. *art.* CXXXI. *C. C. C.*ᵛ ejusque praxin tum in hoc scelere probat LYNCK. *Resp.* XXXIX. *p.* 307. tum in quovis parricidio. RICHT. *Vol.* VI. *fol.* 1011. Idem dicendum, si vel cum insigni *violentia* vel *crudelissimo* mortis genere consumatum, quorsum praejudicia Autoris *N.* VI. et apud Cl. WAGNERUM *de supplic. parricid. in f.* tendunt. Inprimis huc referrem parricidium mediante *operarum* locatione commissum, quanquam Auctor in sola *culei* poena acquiescendum putat *infr. Qu.* XIX. *N.* XXXVIII. Neque aliud dicerem, si spes potiundae *hereditatis* maligna consilium extorserit in liberis, qui, dum *latronum* more delinquunt, habent, quod saevum mortis supplicium sibi imputent. In comitatu *Tyrolensi* hoc casu in specie *bonorum confiscatio* retenta, FROEL. *p.* II. *p.* 143. quam tamen jus commune ignorat, et potius pro exasperatione ubique ad ustulationem, vel alligationem trahae pro complenda pompa tragica, vel ad impositionem cadaveris rotae confugit. KRESS. *ad art.* CXXXVII. *C. C. C.* in *f. Vivide fossionem* alioquin his casibus nominatim *artic. cit.* probatam observantia prorsus ignorat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XIV. N. 16.

Neces gemellorum pro iterato infanticidio non habetur.

Quid ergo si puerpera *gemellos* enixa, eos una interfecerit, an etiam haec caedes pro *iterata* habenda? Ita respondisse scabinos quondam testatur WAGNER *c.* I. §. XXIV. Non tamen diffiteor pro criminis rea allegari posse, quod, quae eodem temporis momento fiunt, non tantam sapiant crudelitatem, quanta iis factis inest, quae post *intervallum* ex perdurante quadam, et *obfirmata* malitia emendationis nescia, suscipiuntur quorsum scelera *successive* commissa refero.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XV. N. 22.

Parricidii poena ordinaria animum directum requirit.

Tota quanta est praesens decisio, dependet a doctrina supra *Qu.* I. *Obs.* I. proposita. Est enim haec propria homicidiorum *qualificatorum* natura, ut propter saevum, quod iis cohaeret mortis supplicium, *directum* animum occidendi requirant, ceu in *veneficio latrocinio* apparet, et ipsa notio vocis *Mord* evincit, cui istiusmodi animus adeo cohaeret, ut ab illa prorsus separari nequeat. Uti ergo eo cessante, soloque *indirecto* concurrente non *mordrum*, sed *simplex* homicidium, cui *gladii* poena sufficit, manet, ceu ex *philtri* porrectione infra docebitur: ita quoque *parricidium*, quod aeque ad qualificata homicidia refertur, haec principia imitatur, et poenis homicidii *simplicis* subjicitur, si de sola, *indirecta* necandi intentione tantum constat, quantum-

vis sanguinis nexus inter personas permaneat, qui solus ne quidem ad appellationem *eines Vater-Mords* sufficit, quamdiu non *cum* directa intentione conjunctus est. *Conf. Qu.* XVII. *Obs.* III. An talis sit species, quam recitat Leyser *Sp.* DCXI. *N.* XXXIII. de partu consulto cistae incluso, per inediam mortuo, valde dubito. Propugnat hic animum necandi *indirectum* Leyser *c. l.* insimulque existimat, etiam hunc in parricidio culeo esse luendum. Verum huic allegationi obstat, quod tale factum non possit non ad spiritus infanti praecludendos tendere, et sic potius ad animum *directum* pertinere, culei poenam vero ad animum *indirectum* non quadrare, sed solum gladium, quamvis in *hypothesi* ob concurrentem verum animum *directum* prior merito a JCtis *Witebergensibus* dictata. Eodem modo excessus in *castigatione* a marito vel patre commissus, de quo Auctor *N.* IX. agit, delictum solo *gladio* expiandum constituit, si qualitas armorum *lethiferorum* monere vulnerantem potuit de eventu, qui cum illis per se connexus est, et sic animus necandi indirectus concurrit. Alioquin is excessus in *culpam* degenerat levem, vel latam, prouti castigatus *resistendo*, *et obloquendo* caussam excessui dedit, vel non. Lets. *Sp.* DCII. *Med.* XVII. seq.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XV. N. 32.

Partus clandestinus modo culposum, modo dolosum arguit infanticidium.

Ratio, quam Auctor dubio, sibi ab exercitio rei illicitae formato, opponit, quo verior in se est, eo difficilius applicatur ad speciem, de qua agit Nam valde obstat, quod clandestinus partus de industria electus, res *periculosissima* sit, quae aeque bene ac male cedere potest, nec ita comparata, ut absolute cum Auctore asseri quaet eventum infelicem per *accidens* contigisse. Tristis parientis conditio, quam plerumque *virium* defectus, nonnunquam *mentis* quaedam alienatio comitatur, impedimento sunt; quo minus mater lapsum infantis in terram noxium, aut effluxum sanguinis ex umbilico praecavere possit. Quod, quum sciat, vel scire possit puerpera, nec collectionem virium animi et corporis in sua potestate habeat, mortem, si quae inde contingit, facillime *praevidere* potuit. Quod tamen praevisu facillimum, et per experientiam notorium, sed intermissum, eodem modo facto *immediatae* junctum censetur, quo vulnus lethale usui gladii illicito absque dubio immediate cohaerere solet. Quae momenta tanti visa nonnullis legislatoribus, ut de uteri partusque *celatione* convictis, *illico* mortis supplicium praescripserint, salva justitia id non facturis, si per *accidens* mortem ita procurari, judicassent. Unde rectius ex mea sententia excusatio in hoc casu ex absentia animi *laedendi*, tanquam fundamentalis requisiti, ad conjungendum cum animo *indirecto* dolum necessarii, ceu *Qu.* I. *Obs.* II. ostendi, repetenda. Quo facto omnia plana sunt. Neque enim quae uterum celat et remotis arbitris parit, per se et necessario animum *laeden-*

di habet, sed saepe pro *ignominia* abolenda, ad hoc asylum confugit, pro conservando alendoque partu vero optimum consilium capere potest. Suspectam de pessima intentione illam esse, concedo; verum *artificialis* probatio ad probationem animi laedendi non sufficit, sed vera requiritur, sine qua conclusio inde deducta admodum friget. Eadem ratio vero efficit, ut in specie proposita quaestio de poena, sive capitali sive non capitali, nimis *matura*, et rectius facturus sit judex, qui pro evincendo hoc momento, puerperam, quoties ad *casum fortuitum* provocat, vel partum *mortuum* esse allegat, non tantum utrum partus *vixerit?* an ei *manus* impiae illatae? verum etiam, qua *intentione* ad clandestinum partum accesserit? sub equuleo interrogat. Si enim vel maxime haec exceptionem casus fortuiti tormentis confirmat, scelestam vero *intentionem* partum necandi, vel in omnem eventum periculo exponendi, habuisse, eaque ratione solam sine aliorum ope partum enixam fuisse, fatetur, a *dolo* animoque indirecto doloso, gladio vindicando vix excusabitur.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XV. N. 38.

Exempla culposi infanticidii.

Casum, de partu in *somno* a matre oppresso, exibet Fichard III. *Cons.* XL de patre in *castigatione* per solam culpam excedente, Idem I. *Cons.* 63. *Vol.* I. *Cons.* LXIII. De abortu *verberibus* per accidens promoto responderunt Hallenses apud B. Parentem *T.* III. *p.* III. *Cons.* DCCCLVI. Pertinet quoque huc species de matre per solam *incuriam* umbilicum non religante, vid. *Elem. crim. S.* II. §. CCLI. Aliud exemplum parricidii *culpa* levissima commissi, carcere puniti, vid. apud Richterum *Vol.* VI. *fol.* 1012.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XV. N. 42.

Partus clandestinus praesumptionem doli infert. Alicubi absolute capitalis est.

Doctrina Auctoris hic exposita optime cohaeret, et menti *Carolinae* respondet, quum ex graviditatis, partusque *occultatione*, solum indicium dolosae caedis oriatur, ex quo nemo condemnandus *art.* XXII. *C. C. C.* sed ante omnia super dolo torquendus, quod etiam probat Struv. *Obs. crim. c.* VI, *Obs.* IV. et B. Parens. *T.* II. *Cons.* MCLXXVIII. Nonnunquam in solo purgatorio subsistendum, si praegnans justas de graviditate sua *dubitandi* caussas habuit, qualis est, si peritiores consuluit, atque illae gravidam eam esse negarunt, Leyser *Sp.* DCXI. *Med.* *XXVI.* Purgato itaque his remediis dolo, sola quaestio de *culpa* superest, in quam simplex poena extraordinaria definita. Nihilominus passim legibus constitum, ut sine tormentis mox ad *capitis* supplicium mater trahatur, quatenus graviditatem *scienter* occultavit et *ultro* clam peperit, ut occurratur malitiae, cui eruendae non

semper fidiculae sufficiunt. Sic namque de *Gallia* testatur Thuanus *L.* XIX. *Hist. p.* 380. de *Frisia* Sande *L.* V. *Tit.* IX. *Def.* III. De Ducatu *Würtembergico*, Maurit. *Cons. Chilon.* XI. Schopf. *de infanticid. praesumt.* de *Nonico* Hoffmann. *de defect. jurisprud. crim. C.* II. §. XVIII. *not.* I. de *Palatinatu* Kirchgesner. *p.* 577.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XV. N. 52.

Mater clam partum enixa, purgato dolo, nihilominus extraordinariam poenam subit.

Non opus est culpam in *confessione* puerperae vel relatione *obstetricum* cum Autore quaerere, quum ea per se in *clandestino* partu lateat licet nec de vulneribus partui illatis, nec de confessione matris tali, qualem Auctor supponit, constet. Unde non video, quomodo disctinctio hic allata defendi, aut casus, quo in tali, quae supponitur specie, post elisum per tormenta dolum, rationabile, contra *culpam* dubium moveri possit, quod judicem ad mitiorem sententiam traheret. Nam culpa eaque latissima hic semper adest, et perdurat, consequenter poena *extraordinaria* non potest non locum habere. Nec officit, quod justa graviditatis *ignorantia*, *et stupiditas* puerperae culpam non leviter minuere possit. Nam harum alterutra, si concurrit, nec torturam legitimat: hic autem unice de casu quaestio est, quo superatis *tormentis*, quid de culpa puerperae statuendum, litigatur, et sic species supponenda cui tortura applicari potuit.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XV. N. 59.

Werigeldum in uxoricidio.

Allatae hoc loco rationes etiam ad *uxoricidium* pertinent. Unde *Werigeldum* a marito occisore agnatis solvendum, quantumvis in *adulterio* deprehensam necaverit, ut testatur Cl. Kaestner in *diss. de Werigeldo c. f.* §. 71. *Cap. f.* §. LXXI.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XVI. N. 11.

Corpus delicti in infanticidio. Sufficit praesuntivum cum morali certitudine conjunctum. Difficilius in infanticidio quam nece adulti.

Vexatissima, et in hypothesi difficillima est quaestio, quid defectum *corporis delicti* pro liberandis reis a poena ordinaria constituat. In thesi ad unum omnes conveniunt, supplicium capitale in hoc crimine supponere partum, I) *editum*, II) *vitalem*, sed III) *dolo* matris, vel patris IV) vere *necatum*, adeoque his momentis *corpus delicti* seu veritatem reatus absolvi, perhibent. Desiderantur vero ea *conjunctim*, nec alterutro deficiente, reatus capitalis admit-

ti potest. Sive enim editio et *existentia* partus evinci nequeat, frustra de reliquis laboratur, sive partum vere quidem extitisse certum, sed an *respiraverit*, nec ne, juste dubitetur, notio homicidii a legibus supposita, et ad nudum cadaver parum quadrans, abest; sive his demum suppositis *caussa* mortis in matre non lateat, vel ad minimum *propositum* necandi desit, de poena nil comminiscendum, sic inquam, in thesi omnia clara. Verum media haec omnia judici ob oculos ponendi, eoque efficiendi, ut nec *intempestiva* remissione inultum facinus dimittat, nec nimia *praecipitantia*, quod imaginarium et falsum est, pro vero habeat, illud ipsum est, quod JCtos, dum ad casum oblatos jus applicant, ancipites tenet. Sunt enim e horum numero, qui nimis conscientiosi non nisi *sensualem* facti veritatem admittentes, ne quidem *indiciis* vestitam *confessionem* rei probant, sed cessante priore mordicus *extraordinariam* poenam reis, etiam *invitis*, et duriori supplicio se subjicientibus dictant, in quorum numero est Bluml. *ad art.* CXXXI. *C. C. C.* Sunt e contra, qui sensibus non plus, quam indiciis urgentibus tribuunt, sed *confessionem* his munitam pro veritate juridica ad effectum ultimi supplicii imponendi, accipiunt. Illi actum omnino agere mihi videntur, et parum abest, quin *mathematicam* veritatem, quae in moralibus tamen haberi nequit, nec ab ullo legislatore unquam desiderata fuit, sint exacturi, non cogitantes, quam periculosum, et saluti publicae inimicum sit, velificari scelestissimis consiliis, spuriamque *cautelam* infanticidis ita subministrare, qua crudele facinus sub fiducia levioris coërcitionis tuto perficere ac confiteri possunt. Hi e contra, quibus facem Auctor noster praefert, *rectam rationem*, legumque intentionem magis sectantur, contenti in defectu vestigiorum sensualium certitudine *morali*, seu summo *verisilimilitudinis* gradu, pro extirpando per condignum supplicium immani facinore, et impediendis subdolis infanticidarum artificiis ad effugiendam poenam effictis. Caussae horum fluctuum tum in *facilitate*, infantulum oculis judicis, aliorumque subducendi, tum in *difficultate*, quam *corpus delicti* desiderat, vitalitatem eruendi, latent, et sic huic delicto sunt velut *propriae*, ut rarissima exempla infanticidii mox liquidi occurrant. E contra in caede hominis adulti, vel plane non, vel saltim *rarissime* illae judicem morantur, adeoque indagatio corporis delicti hanc tantopere non vexat, ut in infanticidio, quemadmodum recte observat Leyser *sp.* DCXI. *Med.* XIII. seqq.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEN XVI. N. 15.

Inspectio cadaveris in infanticidio necessaria. Capita inspectionis. Differentia inspectionis in homicidio et infanticidio. Sola matris confessio de vitalitate partus corpus delicti non constituit. Neglecta sectione poena extraordinaria obtinet. Experimentum pulmonum.

Vellicat Auctorem circa hunc articulum Schopfer *de haemorhag. cul-*

nerat. Cap. II. *N.* XLII, imprimis vero WERNH. *de cerebriu. concept. corp. delict.* §. II. seqq. qui rejecta, quam hic inter *parricidium*, et homicidium *simplex* facit, differentia, *inspectionem*, in hoc posteriore necessariam, multo magis in illo, ob gravitatem poenae imminentis, requirit, consequenter falsum axioma Auctoris asserit: *quod pro imponenda capitali poena satis de corpore delicti constet, si infans mortuus oculis subjiciatur, etsi de cicatrice vel vulnere non constet.* Quibus addit, quod idem ille metus, ob quem alioquin plura infanticidia *impunita* mansura fore, Auctor existimat, aeque in homicidio sese exserat, et tamen hoc inspectionem cadaveris *absolute* requirat. Qua de caussa concludit: inspectionem non magis in *infanticidio* quam alio *quocunque* homicidio esse negligendam. Verissime certe, et analogiae juris criminalis convenienter haec monuit contra Auctorem, qui, alias mitissimus, in hac specie severitatem affectat singularem, tametsi non diffitear WERNHERUM 1) rationes CARPZOVII nec ex omni parte removisse, nec 2) veram decidendi rationem substituisse. Quod enim ad *primum* attinet, Autor in homicidio solo *indirecto* animo commisso cadaveris inspectionem necessariam asseruerat, non aeque in parricidio animo occidendi directo commisso, adeoque diversitatis rationem in animo directo, et indirecto quaesiverat. WERNHERUS vero, dum contra eum disputat, ei speciem homicidii directo animo occidendi commissi, de qua non cogitaverat Auctor, affingit, et exinde ad parricidium argumentatur, hoc ipso vero *diversitatis* rationem antea relatam, intactam relinquit. Docent hoc verba WERNHERI. *Quod si confessio rei, quod occidendi animo hominem aggressus eum trucidaverit, cum occisi cadavere ad poenam capitis non sufficit, uti vult Carpzovius, qua specie quaeso! aut ratione sufficere judicatur in parricidio.* Sed haec leviora, nec multum profutura sunt, siquidem *quodvis* homicidium dolosum directo vel indirecto animo commissum *cadaveris inspectionem* desiderat, et sic ratio diversitatis ab eo efficta imaginaria est. Majoris momenti observatio in altero momento latet. Vera enim ratio pro vindicanda inspectionis necessitate Auctori opponenda, in *vitalitatis* certitudine ad poenam ordinariam imponendam, quaerenda, quam potiorem partem corporis delicti in infanticidio constituere, supra evici. Jam vero si doctrina Auctoris paulo accuratius examinatur, sole clarius apparet, eam ob nullum alium, quam probatae, *vitalitatis* defectum vacillare. Nam Auctor postquam dolum ex confessione puerperae satis probatum supposuerat, cadaver mortuum pro *effectu* criminis accipit, et hactenus eodem modo, uti in quovis homicidio, vitam praecedentem tanquam rem confectam, supponit. Sed quia, ut *Obs. antecedenti* dixi, infanticidio proprium, ut de vitalitate, quae hic multo *obscurior*, quam in homicidio, clare constet, lapsus est omnino, quod ea neglecta, inspectionem reprobaverit, quam *illius* caussa solum probare debuisset. Paucis; omnis cura et inspectio judicis duobus capitibus absolvitur, I) ut de nece seu *consummatione* doli, tum etiam, II) ut de *vitalitate* constet. De PRIORI satis instruitur judex per *confessionem* rei, et aspectum exa-

minati cadaveris *externum*, quod confessio caedis dolosae, a persona gravata proveniens, cum vestigio *sensuali* i. e. cadavere conjuncta, ad certitudinem *moralem* sufficiat. Ad *signa* externa violentiae, ut *praecise* et pro executione caedis probanda, recurratur, opus non est, quandoquidem mors infantulis inferri potest omissa *funiculi* umbilicalis obligatione, *inedia*, *derelictione*, ubi tale vestigium vix cernitur, et solum cadaver oculis subjectum comprobat, *confessionem* matris, quae, se necandi animo debitam infantis curam non adhibuisse, asserit LEYSER. *Spec.* DCXI. *N.* XXXII. Ast POSTERIOR. semper dubia manet, dum facile contingere potest, ut vana *opinione* decepta partui vivo se vim intulisse, existimet, et ex *errore* fateatur, tametsi tantum in *cadaver* saeverit, et sic in dolo quidem fuerit, infanticidium tamen *vere* non commiserit, qualem poena mortis efficere velle duriusculum. Ne itaque judex ea in re peccet, sed ut certus fiat, hominem *vivum* occubuisse, inspectione diligenti carere haud potest, suscipienda adhibitis *medicis*, qui non solum ex laesionibus externis, sed ex conditione cadaveris *interna* judicant, vivusne, an mortuus editus sit partus. Quid enim, si hi vitalitatis *impossibilitatem* ex regulis medicis renucient? aut quid si relatione sua vitam saltim *ancipitem* reddant? Neutro sane casu ad ferale supplicium descendendum, quantumvis de *confessione* rei constat, quae falsa et erronea eo casu est. Non raro, sed saepissime in ipsis rerum argumentis hoc contingit, adeoque eo majori cautione opus, quo facilius bona fide cum mater purpurea, tum judex ipse decipi potest. Oblatus quondam ejusmodi casus ordini *Hallensi*, ubi mater partum in campo plano enixa, eundem mox in aquam projicebat, eoque in undis invento, factum cum omnibus circumstantiis circa dolum vitamque confitebantur, *medicis* contradicentibus, partumque non vivum, sed *mortuum* natum, et tantum cadaver projectum, tum ex candore *faciei* cum suffocatione pugnante, tum ex reperta *hepatis* putredine, asserebant. Qua de re ad poenam *relegationis* tantum condemnata. Simile exemplum notabile exhibet LYNCK. *Resp.* XXXIX. Hinc vero observo.

I) *necessitatem* cadaver inspiciendi in homicidio et parricidio esse eandem, *differentiam* autem, si quamdoque occurrit, mere *accidentalem*, adeoque Auctorem male hoc loco illud ab hoc distinxisse. Enim vero in homicidio inspectio primario propter *lethalitatem vulneris* fit, quae in facto probando consistit, non vero ob *vitalitatem*, quae in adulto extra dubium plerumque posita. Contra in infanticidio fere unice *vitalitatis* caussa ea suscipitur, quia respiratio ordinarie in recens natis in obscuro posita, nec semper confessio matris judici satisfacit, licet lethalitas ex cadavere, et confessione matris satis liquida videatur. STRYCK *de jur. sens. diss.* I. *C.* I. *N.* XXIV. Quodsi ergo aliquando contigat, in homicidio vitalitatem ambiguam esse, nihil obstat, quo minus ad eam aeque inspectio dirigatur, veluti si homo qui paulo ante valetudinarius erat, ab altero dolose in aquam vel puteum detrusus, ubi omnis cura medici in eo collocanda, ut inquirat, an tempore projectionis adhuc vixerit, nec

ne? Vice versa si vitalitas vel recens nati, vel partus aliquot annos egressi, indubia, et communitati nota, materque illum necasse fatetur, omnis cura in *vulneris* qualitate exquirenda, est collocanda, qualem speciem habet Harprecht *Resp.* XXXVI. *N.* XLVI. Itaque inspectio, quae utrobique pro diversitate *circumstantiarum* eadem esse potest, et solet, vere non differt, quamumvis plerumque *alia* in *infanticidio*, alia in *homicidio* sit, cujus rei nulla alia caussa est, quam qualem *corpus delicti* in infanticidio difficile reddere, *Obs.* I. *praeced.* allegavi.

II.) *confessioni* matris non eo usque fidem tribuendam esse, ut mox ferale supplicium parare liceat, sed quantumfieri potest eam liquidam reddi oportere. Hoc ipsum manifeste inculcat Carolus V. dum post cujuscunque delicti confessionem, an et quatenus illa *facto* conveniat, necne, investigati jubet, antequam id, quod confessione prolatum, pro explorato habeat judex *art.* LX. *C. C. C.* cui monito in infanticidio perfecte satisferi nequit, nisi utrum vitalis natus fuerit, per *inspectionem* verificetur, ut patet ex traditis apud Heils *de proc. crim. p.* 509. Neque aliud dicerem, si vel maxime *plures* easque disctinctas de vitalitate rationes scientiae mater reddiderit, et vagitum se audivisse, motum oculis vidisse, testata fuerit. Nam etiam hoc casu in *facto* positum, utrum confessio vera sit, nec ne, quum *sensus* fallant, et *taedio* vitae non nunquam foeminas falsa allegare solere, experientia testetur, sola autem circumstantia a *possibilitate* contrarii, de certitudine cadaveris inspectione expiscenda, judicem interpellet, nequid quod sui officii est, omittat. Hinc necessitas, *caussas scientiae* a puerpera exquirendi, et exquisitas, utrum concludat, nec ne, ponderandi, ceu recte monet Berger *oecon. jur. Lib.* III. *Tit.* II. §. XII. *N.* XIV. Saepissime enim eas non concludere, quas indubias credunt puerperae, ex casibus variis mihi oblatis didici. Nonnullae, dum calidum partum se in tenebris tetigisse sibi persuadent, mox ideo vitalem renunciant, quum tamen vix fieri possit, ut utero solutus, mox omni calore destituatur, et tamen mortuus esse possit. Aliae, motum in lecto sentientes, signa vitae se observasse sibi imaginantur, quamtumvis saepissime dubium sit, utrum motus ab *intrinseco*, aut *extrinseco* principio processerit? Wernh. *cit. l.* §. XXXVI. Certiores quidem sunt, quae ad *ululatum*, *vagitum* provocant, sed uterque saepe imaginarius nonnunquam fictus, certitudo inde proveniens vero non est tanta, quin a medicis partum inspicientibus, submoveri possit, quare sine horum examine nulla fides juridica emergit. Quis itaque dubitet peccasse Autorem, qui licet confessionem matris de *dolo*, nece ac *vitalitate*, ut plene persuasus sum, supposuisse videatur, nimis credulus fuit, nec regulis satisfecit, quae eundem, examinato rite cadavere, de vita partus, et *pleno* corpore delicti longe certiorem reddere poterant. Non equidem vim confessioni probabili detraho, sed quia haec non aliter quam, si circumstantiae non *repugnant*, attentionem in quaestione de *capitali* supplicio meretur, de eo vero alia via, quam examinato *cadavere* haud constat, non potest non vitio laborare doctrina Autoris, qua ejus indaga-

tionis nullam prorsus rationem habendam, sed *simpliciter* in confessione matris subsistendum existimat.

III.) Doctrinam hanc non esse tantum instructivam pro judice *inquirente*, ut quid is durante inquisitione peragere debeat, sciat, sed etiam regulativam pro judice *extraneo*, ad sententiam ferendam implorato, qui ponderare debet, utrum prior officio suo *recte* functus fuerit, nec ne? Fac enim, judicem paulo segniorem in examinando cadavere fuisse, et plus favisse confessioni, quam sectioni, cadaver vero terrae mandasse, ita, ut transmissis actis res non sit *integra*, tandem defensorem ad defectum *sectionis* provocare, et ex hoc capite ream contra ipsius *confessionem* defendere. Ego sane hoc casu ab his principiis non discederem, sed preces defensori pro *extraordinaria* poena imponenda utique admitterem, quum ratio legum sit manifesta, nec judex inquirens *facto* suo efficere possit, quo minus illa inferenda sententia effectum suum sortiatur.

IV.) Ipsam rationem inspiciendi cadaveris ad obtinendum finem legalem foro *medico* propriam esse, et a judicio medicorum totam, quantam pendere. Utrum experimentum *pulmonum* huic inserviat, definire vix ausim, non ignarus, quanto fervore medici, aeque ac JCti pro et contra super usu ejus invicem digladientur. Beyer *ad art.* XXXV. *C. C. C. pos.* XXI. Schoepfer *de pulm. natant. et submerg.* Heister. *special. scripto.* Sit ut sit, etsi infallibile argumentum in eo quaerere velle, mihi perinde videatur ac actum agere; non tamen omnem vitalitatis praesumtionem, post tot experimenta ab erectioris judicii viris probata, eidem detrahendam existimo, sed praxin ejus ad validissimum *adminiculum* refero, ex quo matri, infantis vitam neganti *tortura* pro edicenda veritate dictari, vel respirationem, gemitus, motum confitenti, post ejus applicationem, quasi ob sufficientem corporis delicti probationem, poena *ordinaria* imminere potest Leys. *Sp.* DCXI. *N.* XXXVII.

V.) Multo majorem corporis delicti *incertitudinem* et capitalem poenam proscribendi rationem tunc emergere, quum ipsa infanticidii rea de vita infantis *dubitat* et *ambigue* respondet, nec evidentioribus argumentis contrariis ex inspectione desumtis opprimitur. Uti enim consensus circumstantiarum desideratur, ad firmandum *corpus delicti*: ita alterutrius incertitudo tanto majorem scrupulum subministrat, quem non semper tormentorum cruciatus tollere queunt, ut satius sit, in casu *probabilis* ignorantiae, vitalitatisque valde ancipitis, monente Leysero *Sp.* DCXI. *N.* XXI. quasi ob *culposum* parricidium, in poena *extraordinaria* acquiescere. B.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XVI. N. 23.

Cessante indicio sensuali ex nexu praesumtionum cum confessione matris de corpore delicti et poena capitali judicandum.

Quae ratio in casu proxime praecedenti necessitatem inspiciendi ca-

daver infantuli recens nati fundavit, et injustitiam poenae capitalis absque isto subsidio firmavit, eadem in praesenti contrarium subministrat, vel saltim non obstat matri *confessae*, sine coscientiae scrupulo *culei*, vel *gladii* poenam, pro diversis ab Autore belle collectis circumstantiis, dictandi. Hic enim nihil occurrit unde per *sensus* quis reddatur certior, quam *confessio* ipsius rei suggerit, adeoque, quum judex inquirens, quod ipsi integrum erat, rite peregerit, impossibilitas vero aeque extraneum judicem cohibeat, quo minus de majori certitudine laboret, hunc officio suo recte functum dixeris, qui tam nefarii sceleris vindex per impositionem poenae *capitalis* existit. Cujus quidem rei justitiam praeter momenta ab Autore allata, obfirmat periculum, cui salus publica omnino exponenda esset, si poena capitalis hic exularet, plerisque facinus nefandum impune laturis, quum tamen illa suprema lex sit, et omnes sanctiones singulares moderetur, quoties iis sine laesione aequitatis, et indulgentia indirecta nefandorum scelerum, satisfieri nequit. Nec aliud incertitudo confessionis infert, tametsi enim regulariter *nuda* confessio parum concludat, positis tamen ab Auctore *indiciis adminiculativis*, suum effectum habet, quem si non haberet, vix infanticidium ad capitale supplicium qualificari posset, uti rationes subducunt Hallenses apud B. Parentem *T.* III. *P.* III. *Cons.* DCCLX, *N.* X. Sola itaque ratio a poena capitali hoc casu non recedendi, in nexu *indiciorum* cum *confessione* rei quaerenda, qui si ita comparatus est ut neque de existentia neque de vitalitate partus rationabile dubium supersit, ipsam confessionem satis legitimasse, tantamque verisimilitudinem, quanta in actionibus humanis exigi potest, subministrasse censetur Kress *ad art.* LV *C. C. C. in f.* et B. Parens *T.* III. *P.* III. *Cons.* DCCCXXXV. ubi notabilis casus. Distinctio inter indicia delicti *proxima*, vel *remota* hic valde proficua est. Si enim illorum *quaedam* occurrunt, culei poena: sin *unum*, gladii supplicium: sin horum *alterutrum* adsit, extraordinaria vindicta obtinebit, prout in sequentibus variis casibus illustrat, quorum applicatio ad haec reduci potest. Plerumque, si vel minimum *sensuale* vestigium superest, ex quo de existentia partus constat, concurrente vitalitatis indicio proximo, *culeum* admittunt, ut ex casibus *N.* XXVI. XXVII. XXIX. apparet. Multi magis id obtinebit, si duo vel quaedam *proxima* indicia partus vitalis necati tantum cum confessione concurrunt, tametsi nec ossa, nec secundinae extent, adeoque distinctiones Auctoris paulo ante allatas ad casum, ubi omnia omnino vestigia cessant, restringerem. Unicum momentum superest, quod, ne quem detineat, adhuc sub incudem revocandum. Fundatur illud in *paritate* rationis observatione proxime praeced. exposita. Ostensum enim vitalitatis certitudinem non a *sola* confessione sed cadaveris examine pendere, absentiam vero hujus illam tantopere turbare, ut si omissa, ne quidem negligentia judicis inquirentis extraneo ius indulgeat, *feralem* sententiam ferendi. Quum itaque factum judicis non minoris efficaciae esse possit, quam factum, de quo hic agimus, matris, omne delicti vestigium abolentis, quin potius utrobi-

que eadem *impossibilitas*, cadaver examinandi, emergat, non sine specie concludendum videtur, idem quoque in hoc casu justum esse, quod aequitas in illo probat. Verum haec me non movent, ut a sententia Auctoris vel tantillum recedam. Nam impossibilitas priori casu oritur a *facto judicis*, qui negligentia sua nil quicquam agere potest quod puerperae quamtumvis confitenti eousque praejudicare possit, ut hoc funestum supplicium praecise subire teneatur. Posteriori vero oritur a *malitia puerperae* de eximiae audaciae specimine convictae, quae magis odio, quam favore digna, ut, fortioribus *adminiculis* ejus depositioni non refragantibus, sed potius suffragantibus, in ipsius praejudicium eidem utique credendum sit. Sane, si tam *qualificata* confessio fidem juridicam hic non inveniret, vix unquam poenae ordinariae locus futurus esset, nulla quoque ratio suppeteret, in abortu partus vitalis per malitiam procurato, de *capitali* poena cogitare, quum ejus certitudo aliunde, quam ex confessione matris, *motum* sentientis, peti nequeat. Atque his momentis praesuppositis, eandem doctrinam *cuivis* homicidio propriam esse, cum Froelichio *P.* II. *p.* 198. existimarem, si adultum, paulo ante visum, mox subductum constiterit, quem homo hujus indolis, et de facto gravatus in profluentem praecipitasse, vel canibus devorandum sine sensuali vestigio obiecisse, *circumstantialiter* fatetur. Plane illud vix crisin meretur, quod Blumlacher a testimonio *sexus* cit. l. ad impugnanda asserta Auctoris *N.* XXXIV. profert. siquidem *inhabilitas* foeminarum, et imprimis obstetricum, in criminalibus validum testimonium ferendi, ad *antiquas fabulas*, erectioris ingenii JCtos vix moventes, pertinet, unde eum satis castigavit Froelich. *ad C. C. C. c. l. p.* 199.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XVII. N. 38.

Poena ausi parricidii de jure Romano et Carolino.

Non opus est, diu huic quaestioni immorari, quum in fundamentis hic applicandis otium mihi ipsi fecerim supra *Qu.* II. *obs. fin.* De jure *civili* etiam *ausi*, licet non perfecti parricidii, poena non tantum capitalis, verum etiam *culeus* fuit, ceu docuere Solorzanus *ad l. Pomp. de Parricid. L.* II. *C.* XVI. apud Celeb. Ottonem *T.* I. *R. T.* V. Ramos *de error. Tribon circa poen parricid. Lib.* VI. Quem rigorem, etsi ad solam *cogitationem* non pertinuisse, haud invitus concesserim, probari tamen tum, quoties ad actum *externum*, quantumvis remotum, processisset, manifeste apparet ex specie, quam exhibet *l.* 1. *ff. ad l. Pom. de parricid.* Atque id tanquam singulare in hoc infausto scelere ob solam *enormitatem* obtinuisse, recte notat Ramos *cit loc.* Parem severitatem non spirant leges *domesticae*, adeo, ut circa parricidium nominatim nil sanxerit Carolus V. quod praesens caput feriret, sufficere ratus, quod I (omnem criminum conatum *nach Gelegenheit und Gestalt derer Sachen* puniri jusserit,

quoties in actus externos erupit, II) judicis arbitrio, verbis: *an Leib oder Leben*, poenam capitalem aliquando commiserit *art.* CLXXVIII. *C. C. C.* Haec indeterminata definitio effecit, ut interpretes paulo timidius de applicanda, *auso* parricidio, poena *capitali* cogitaverint, vel prorsus eam exulare docuerint, cum Bergero *Elect. crim. suppl. Obs.* CXXIII. vel admissa quidem ea, plerumque judices ad *mitiorem* coërcitionem remittendos censuerint, eoque ipso usum prioris pene obliteraverint, ceu patet ex traditis Brunnem. *de proc. inq. C.* IX. *N.* LXXV. Froelichii *cit. I. p.* 203. Alii iterum, in quorum numero est Leyserus *Sp.* DCX. *Med.* XIV. non aliter rigorem, quam ob concurrens irreparabile damnum illatum probarunt, facem praeferente Autore nostro *N.* XXI. XXIII. Ego, ne quid dissimulem, parricidium *proprium* h. e. in linea *recta* commissum, ab *improprio*, quod reliquos consanguineos, affines, ac conjuges concernit, distinguendum, et rigorem capitis ob conatum in *posteriori* specie prorsus proscribendum reor, exemplo Caroli V. qui *distinctis* locis de utraque specie agens, *diversam* utrinque poenam, si perfectum, definivit, multo magis, si attentatum mente comprehendit. Itaque de parenticidio, vel infanticidio, (exclusa abortus procuratione, et expositione infantis, quorum conatui ipse Imperator non obscure succurrisse *art.* CXXXII et CXXXIII. *C. C. C.* videtur,) tantum quaestio emergit. Utriusque tentatio videlicet aut in actu *remotiori* subsistit, aut ad proximum usque processit, ita, ut a reo, quantum in ipso fuit, delictum consummatum sed facto cohibitum fuerit: ibi Autori subscribendum et pro gradu praeparationis poena *extraordinaria* definienda, nec tamen, ob concurrentem sanguinis nexum, facile a *corporali* recedendum. Hic vero *capitalis* surroganda exemplo Theodorici *coll. crim. C.* VII. *oph.* VI. *lit. f.* Taboris *de conatu Th.* V. Lynckeri *Resp.* CXXVII. *N.* XII. si vel maxime damnum illatum nec noxium, nec irreparabile fuerit quia sola *qualitas* facti impii, ac scelesti hic in censum venit, aeque ac supra de aliis quibuscunque *atrocioribus* delictis in genere observavi. Si quae tamen remissio locum habere debet, illa vel I) in *genere* poenae quaerenda, ut ob defectum plenae consumationis loco culei, *gladius* monente Auctore *N.* XXIII. substituatur, vel II) ex *poenitentia* mox declarata justificanda, ita, ut eo casu corporalem poenam dedisse reum satius sit, tum quod haec circumstantia suo modo, in consumato facinore prosit, tum, quod reus hoc modo, se non omnem humanitatis sensum quod parricidis proprium, ejurasse testatus sit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 4.

Pro remissiore doli gradu poena parricidii variat.

Quaenam caussae ad poenam *arbitrariam* in parricidio producendam sufficiant, eae hactenus expositae, et ex indole ipsius criminis desumtae, quorsum defectum corporis delicti, confessionis incertitudinem, doli mali plenam absentiam conatum remotum refero. Jam ad

eas caussas transit Autor, quae a solo *rei facto* non dependent, sed *extrinsecu* contingunt, in criminis indolem tamen influunt, gradumque reatus vel intendunt, vel remittunt, prouti eidem cohaerent, vel non. Hae ad unum omnes in eo conveniunt, quod *doli mali* non quidem plenam absentiam, sed *remissiorem* circumstantiam comprehendat, quae illum modificat, et *summum* ejusdem *gradum* deesse, evincit. Habet enim omne propositum malignum suos gradus, quibuscum scientia et voluntas aegre faciendi, imo certum aliquod delictum perpetrandi, semper quidem conjuncta est, non autem eadem semper *malitia*, animique *corruptio*, sed modo plus, modo minus ex hac cohaeret. Quo posito, dolus non ubique sui similis est, sed mirum in modum *variat.* Quumque *imputatio* quae in foro civili per poenas se exerit, harum circumstantiarum unicum fundamentum constituat, et quo tetrior, vel lenior caussa; eo major vel minor vindicta opus sit, non potest non contingere, ut propter nefarium ac dolosum, ast *parum deliberatum* factum, aliquod poenae temperamentum, suadente aequitate, admittendum sit, vel contra ob dolum per *omnes* gradus *scelestum*, tanto strictior poenarum applicatio exigatur. Ut in parricidio subsistam, ad *infirmum* gradum doli animum occidendi *indirectum*, vel aliam quamcunque subitaneam proaeresin parentes liberosque occidendi, sive *aetatis* lubrico, sive *affectuum* commotione productam, sive superveniente rei *indignatione* testatam, refero. *Intermedium* gradum sistit directum, et diu ante executionem praemeditatum consilium, cum perdurante ac indies incrementum capiente animo, emendari nescio conjunctum. *Summus* denique in *consultatione*, ac *executione* insidiosa, cui resistere *difficile* est, collocandus. Priori poena *gladii* sufficit, alteri ordinaria poena *culei*, tertio denique *augmentum* quoddam huic superadditum, respondet.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 13.

Calor iracundiae parentibus multum prodest, contra insultus liberorum. Difficilius liberis et maritis contra injurias parentum aut uxorum. Qualitas injuriarium huc pertinentium.

De Calore *iracundiae*, quatenus omne omnino homicidium temperet, quantum satis *Qu.* VI. dictum, eique certi ac determinati fines positi, quorum aeque in parricidio ratio habenda. Hoc loco meminisse juvabit, indolem *personarum*, quas inter parricidium committitur, *proprias* rationes suggerere, ob quas generalia de justo dolore principia cantam desiderant applicationem. Huc refero sensum *imperii et directionis*, quem parentes in relatione ad liberos habent, et multo facilius per hos commoveri, ad eorumque injurias excandescere possunt, quo intolerabilius naturae humanae est, per eos laedi, qui nobis multo *inferiores* sunt, quorumque dependentia, et justa obedientia eos cohibere debebat, ab eo, quod parentibus *molestum* esse potest abstinendi. Agnoscunt id ipsum

leges nostrae, quae injurias intuitu aliorum mediocres, si a liberis *parentibus* inferununtur, pro *gravioribus* habent, et majoribus poenis coërcent. DOEPLER *Schauplatz der Leibes und Lebens straffen* T. I. *Cap.* L. Itaque dolori et iracundiae *parentum* saepissime indulgendum, propter tale factum, quod, si contra alios susceptum, sua natura ad justam ultionem non sufficit, ad minimum hoc effectu, ut *tristi* eventu emergente, judex semper pronior esse debeat ad *veniam*, quam *strictam* juris observantiam. Idque dubio caret si injuriae liberorum fuerint *reales* et sic per se graviores. Non minus tamen idem probandum in *verbalibus*, oblocutione, morositate, similibusque ingratissimi erga parentes animi, argumentis. Saltim defensio et ultio ex natura coercitionis, illis contra tales mores propriae, semper licitae, adeoque questio plerumque ad *excessum* redit, ubi prestat connivere, quam omnia ad vivum resecare. Nominatim contra filiam in *adulterio* deprehensam, ob gravissimam familiae illatae injuriam, leges Romanae gladium stringere patri permittunt *l.* 23. §. *f. ad l. Jul. de adult.* nec aliter mores hodierni *arg. art.* CL. *C. C. C.* Et, quid si filius, novercam adulterans, a patre gladio confossus sit? quae injuria patrem propius tangit, et ideo tanto gravior est, consequenter repente prorumpentem ictum, tanquam non cogitatum excusat, uti non ita pridem ordo noster pronunciavit. Loquor de parentibus. *Mariti*, in uxorem morosam et obstinatam, saevientis, non est eadem ratio, cujus imperium laxius est, nec eo usque extendendum ut *strictam* obedientiam in uxore producat, aut ille, quamcumque offensionem lethali impetu impune vindicare possit. Unde si is ad hanc exceptionem confugit, *adulterium*, similemve injuriam illatam fuisse oportet, quae alii cuicunque ad justi doloris vindicationem provocare permittit, vel, si quid etiam ob leviores injurias maritali imperio, dandum, poena ordinaria *paululum* remittenda. Restringenda tamen, quae de *parentum furore* immodico dixi I) ad eas offensiones, quae vel in negotiis *domesticis*, a directione parentum maxime pertinentibus, sed huic contrariis, emergunt, vel quae quomodocunque per *oppositionem* producuntur, veluti si liberi temerarii, inverecundi opus vel non, vel segniter faciunt, jussus cavillantur, admonitiones, orationesque paternas proterve contemnunt. Nam, quia parentes, dum liberos coërcent, in re *licita* versantur iisque providere student, facto huic, unde postea tristis exitus oritur, non inepte applicatur; quod alibi eleganter defendit CRELL. *de Thesaur. a mercen invent.* §. IV *Ubi delictum honestum initium habet, ibi magis excessum committi, et multum de rigore remitti.* Alium dicendum, si salva reverentia, furando, corrumpendo, blasphemando magis in leges *publicas*, quam *domesticas* peccaverint, iratumque patrem in se concitaverint, ubi non plus, quam Auctoris sententiae congruit, a rigore remitterem, quum sic in personam *parentum*, et inobedientiam per morositatem *directo* non peccatum, nec sufficiens caussa ad tam tristem, eamque lethalem exectionem parentibus data.

II) ad offensiones *manifeste* im-

probas omnique specie justitiae, vel indifferentiae destitutas, quia sic, mores improbi, et factum illicitum liberorum, tum *initium* facti, a parentibus suscepti, tum *executionem* mirum in modum justificat; contra si jussui patris *turpi*, *inhonesto* etiam excedendo repugnaverint, vel alias non sine *specie* juris iis ob loquuti fuerint, aut contra saevitias paternas se defenderint, nil est, quod parentibus, tam maligne de sanguine suo quid molientibus profuturum est.

III) hoc justum esto tantum inter ejus conditionis homines, inter quos *cultura* morum ultro offensiones *duriusculas* detestatur, easque, tanquam *extraordinarias*, ultioni parentum merito subjicit. Neque enim id temere extenderem ad rationes vivendi inter *rusticos*, et infimae sortis homines, quorum mores etiam in societate domestica sunt *agrestes*, *rudes*, *inculti*, ut verba duriora, factaque alioquin impudentia, illis sint *familiaria et consueta*, ad quae in perniciem liberorum irasci, parentibus rusticis non indultum. Unde hic *graviori*, et quam nec societates paternae agrestes ferunt, offensione, opus esse existimarem, si parentes contra dolosam necem praetextu paterni doloris, veniam impetrant.

Quid vero de parentibus, improba contra *liberos* molientibus, eorumque iracundiam cum funesto exitu in se provocantibus, dicendum? An inquam, liberis *misericordiam* judicis implorantibus, subveniendum? Certe si regulam spectes, constat, minimam hanc officii filialis particulam esse, ut *morosos* parentum insultus patienter ferant, nec quicquam, nedum quod lethum inferre posset, moliri debeant. Quodsi tamen parentes supra *omnem* patientiam gravissimis, iisque iteratis injuriis, animos liberorum exulcerarunt, et eos eousque perduxerunt, ut ad repentinos eosque *lethales* ictus prorumpant, imprimis si jam *viriles* annos ingressi, nec increpatione amplius indigent, non repugnarem, ut iis *molliori* supplicio subveniatur, quamquam non invitus fateor, esse hanc rem in applicatione *difficultate* plenam, et *exorbitantes* prorsus parentum conatus supponere.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 15.

Parricidium non sine animo patrem, filium, consanguineum necandi.

Haec ratio quam Autor in sequentibus illustrat, optime concludit, et supra *Qu.* V. satis exposita est. Illud autem, quod de *proposito* hic refert, paulo obscurius scriptum. Planius ita rem concipere licet. Omne homicidium qualificatum, et sic aeque parricidium ad effectum poenae ordinariae animum *directum* requirit. Talis vero in parricida non solo proposito hominem, sed *consanguineum* perimendi, absolvitur. Cessante posteriori circumstantia, *simplex* homicidium est, non *parricidium*, sive quis studio id egerit, ut hominem extraneum occideret, sive animum eum graviter vulnerandi, et sic tantum occidendi *eventualem* voluntatem habuerit, per

accidens vero consanguineum petierit. Unde non pugnant; *animum directum parricidii deesse directum homicidii in eadem specie adesse.* Idipsum evincit casus ab Autore propositus, si aequa lance perpenditur. Licet enim parricidii appellatio a *personis* tam arcto vinculo copulatis originem trahat, et ipsum crimen per hanc circumstantiam qualificetur; *directum* tamen occidendi animum, sine quo nullum *qualificatum* homicidium, adeoque nec parricidium subsistit, quoties de poena ordinaria quaeritur, haud excludit, vid. *Qu.* I. *Obs.* II. *et Qu.* XV. *Obs.* I. Si aliter dicendum esset, et a solo sanguinis nexu parricidium penderet, etiam illa species in hunc censum veniret, et *asperiori* poenae subjaceret, qua quis socium vulnerare volens, ictu aberrante, *parentem* confodit, cui tamen recte repugnat Leyser *Sp.* DCX. *Med.* VI. hac addita ratione: *cessat asperrima parricidii poena, quoniam mens uxorem interficiendi non adfuit.* Et tamen is sui immemor in alia specie parricidii animo *indirecto* commissi, nimirum, si per denegatum infantulo auxilium mors secuta, aliter disputat, et pro parricidio ejusque severa poena pugnat *Sp.* DCXI. *Med.* XXXII. Interim eundem errorem errat, parricidiumque animo tum directo, tum indirecto eodem prorsus effectu committi, existimat, Wernh. *de cerebrin. concept. corp. del. c.* I. §. II.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 21.

Caedes contra parentes proposita in extraneo terminata.

Ita ergo praesens mitigatio non tam *errori* quam occasione erroris, absentiae *voluntatis* ad parricidium directae, tribuenda, quemadmodum vice versa is, qui *parentem* interficere destinaverat, per accidens in *alium* incidit, non ob errorem, sed ob cessantem *eventum* praemeditatum, qui non in hominis, sed parentis confossione consistebat, solo *gladio* facinus expiare debet, quoniam leges poenales eventum et consilium non disjunctim, sed *conjunctim* desiderant, ceu ad *Qu.* V. supra ostendi vid. *l.* 29. *de R.* I. Omnium minime erroris ratio habetur, si is in *personis parentum* commissus, et pro *matre* letho destinata, *pater* facto filii occubuerit. Quidem tunc eventus a consilio proprie non discrepat, et pater aeque ac mater *parentum* nomine comprehenditur, nec differentia personae sublatae, parricidio officit, ut recte sentit Leyser *sp.* DCX. *Med.* VIII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 26.

Poenitentia ante facinus plene peractum, gladium vindicem habet.

Uti, post ictum fatalem, sanguinis effusione prorsus non commo-

veri, aut, quod magis est, desuper adhuc letari et *ne* quidem erga occisum livorem deponere, hominis *deperditi, et incorrigibilis* est: ita *poenitentia* repentina signum certissimum continet, autorem delicti non omnem *humanitatis* sensum ejurasse, sed *praecipiti* magis consilio deliquisse. Feruntur homines saepissime in actiones illicitas longa *deliberatione* susceptas, sed aeque ruunt subinde in *inconsultas*, talesque, quas maturo adhibito judicio, omisissent. Illarum comes est *acquiescentia*, harum *poenitentia, et detestatio*, sive dum adhuc peraguntur, sive quod frequentius, postquam consumatae, superveniens. Quum vero poena malitiae respondere debeat, is animi caracter in determinatione poenarum non negligendus est. Unde in foro criminali distinguere solent inter actum poenitentiae *post* plene consumatum delictum, et *inter plagas*, ejulando auxilium implorando, quod infanticidis in primis proprium est, declaratum, quamtumvis mors ex lethali vulneratione postea secuta. Ibi nil prorsus de rigore remittunt: hic *gladium* sufficere putant, quae sententia mihi cum Kressio *ad. art.* CXXXI. *C. C. C.* §. II. *not.* V. aequissima videtur, quantacunque sit nonnullorum declamatio in Carpzovium.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 32.

Minorennitas quatenus parricidio prosit?

Quum minorennitas *qua talis* laxum spatium contineat, et subjecta doli capacia comprehendere possit, nil est quod ex hac in homicidio, nedum in parricidio reos quicquam proficere possit, maxime quum natura parricidii contrarium non suadeat. Profitentur hoc de plano Diocl. et Maxim. *in l.* 5. *C. ad L. Corn. de sic. si quis*, inquiunt, *te reum legis Corneliae de sicariis fecerit innocentia purgari crimen, non adulta aetate defendi, convenit.* Annorum si ratio habenda, id non aliter, quam ob *lubricum* aetatis, cui inconsultae actiones propriae, quodque ad minuendum doli gradum aptum est, contingit. Quae ratio cum non tantum homicidio conveniat, merito in parricidio quoque adoptanda, nec iniquitatem sapit, si ejus effectus ad solius *generis* poenae mutationem refertur. Ita vero Autor medium terminum in *art.* CLXXIX. *C. C. C.* quaerere debuisset ubi *die Jugend.* indefinite in determinatione poenarum commendatur. Potissimum officium judicis in examinandis actionibus *quotidianis* rei se exserit, ut appareat, utrum magis juvenilis pruritus, et in consulta agendi ratio ei conveniat, an intellectus maturus adsit vel malitia praeponderet? Qualem enim quis in *aliis* Actionibus se gerere solitus est, talem quoque eundem in executione *criminis* fuisse omnino praesumendum est. Sed haec principia forsan non ad palatum erunt iis, quibus placet cum Leysero *sp.* DXCIX. *N.* VIII. jus positivum *universale* in poena homicidii defendere, ex quo omnes omnino in *hoc reatu* mortem necessario secundum eorum sententiam, subire debent.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 41.

Melancholia, prout gradibus differt, venia digna, vel non.

Magni momenti, et doli exclusiva vel remissiva est caussa, quam a *melancholia* petit Autor, sed parum pro dignitate exposuit. Neque enim melancholia semper eadem est, sed *gradibus* mirum in modum differt. Unde cum Hahnio *ad Wesenb. tit. de poen. N. X.* et Stryck. *de dement. c. 4. §. VIII.* distinguendae sunt melancholiae species. Datur *primi* gradus, quando imaginatio laesa timidos ac tardos reddit, mentem tamen et facultatem ratiocinandi integram, ut sibi conscii maneant homines, servat: *Secundi* generis est, qua corrupta est imaginatio, turbata facultas ratiocinandi, quaeque perpetuam tristitiam, et suspicionem alit, ad certum genus actionis mirum in modum impellit, impuditque quo minus consilia proficua capere liceat. Denique *tertii* generis occurrit, quae propter delirium omnem omnino facultatem raciocinandi adimit. *Prior*, commisso parricidio, vix veniam meretur, nec directo consilio multum detrahit, adeoque ad minimum *gladium* vindicem habet. Harprecht. *Resp.* XXVI. *Consil. Tubing. Vol.* IV. *Cons.* CLIX. Hahn, et Stryck. *c. l. Ultima* fatentibus omnibus furori aequiparatur, et extra omnem poenam est. Oldek. *Tit.* III. *Obs.* XXIII. *N.* V. adeo, ut licet *intervallis* distincta, aliud in dubio non dicendum. Nam etsi, quae tempore intervalli prudenter in *contractibus* gesta, rata sint, non unde tamen arguendum ad delicia, ubi semper pro reo in mitiorem partem interpretatio facienda, ceu in casu *uxoricidii* pronunciarunt Jenenses apud Richterum *P. V. Cons. IX. N. XV.* Superest itaque *altera*, qua meo judicio *levissime* tractanda, sive remissior tempore parricidii fuisse dicatur, sive non. Neque enim possibile est, de remissiore gradu distincte judicare, quum motus et affectus aegritudinis plerumque sint inopinati, ac eo tempore se se prodant, quo nihil minus quam impetus ab ejusmodi hominibus sperabatur. Nominatim *tristitiae*, quae huic propria, quanta sit vis, pro *impellendo* homine ad certum genus actionis, ac libertate voluntatis impedienda, neminem fugit. Haec in censum potissimum venit, quotiesinfanticidium commissum a personis malo *hysterico* laborantibus, quae, si ex ingenua doli confessione, coram judice facta, aestimandae integrae mentis sibique consciae fuisse videntur, reo se autem corruptissima phantasia, et maxima tristitia laborant, quae operationem intellectus et decernendi facultatem mirifice turbat. Unde non moveor earum *confessione*, quantacunque circumstantiarum connexarum multitudine abundet, sed *misericordiam* si in ulla specie, certe in hac admitto. Praestat potius eas, ne sibi vel aliis noceant, custodire, et *medicis* corporis ac animi committere, quam de poena cogitare.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 44.

Ebrietas an cum parricidio consistat.

Pro *ebriis* parricidis parum favoris, multum odi militat, quoties ut plerumque fit, suamet propria *culpa* ad eum statum pervenerunt, ut sibi non conscii, in tantum scelus inciderint. Interim quia ebrietas dolum excludit, et solam rei *culpam* arguit, de ea nil attinet dicere in praesenti specie, quae absque directa occidendi voluntate in fraudem capitalem non incidit, et sic *stricte* loquendo ab ebriis perpetrari nequit.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 48.

Jussus, et obediendi ratio parricidium temperat.

Suasio tertii quidem multum detrahit dolo ejus, qui delictum exequitur, plus vero *jussus* in eos directus, qui reverentiae sensu moventur. Usum hoc potissimum habet, in infanticidio, procurato abortu, vel infantis expositione, quibus puerperae saepissime praetexunt jussum parentum, et obediendi consuetudinem. Quantacunque vero ejus vis in domestica societate fuerit, non eousque tamen valitura est, ut liberas ac sceleratas actiones, a quibus ipsa natura abhorret, impunes reddat. Quare, quum dolum parricidae tantum stimulet, non tollat, satius est, in poena *gladii* subsistere, et *jubentem* potius ad culeum, *executorem* ad gladium condemnare. Consentit Kress. *ad art.* CXXXI. *C. C. C.* §. II. *N.* III. conf. supra *Qu.* IV. *Obs.* I.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 53.

Metus, suspicio mali an parricidis prosint?

Eadem, quae antea dixi, metui *indignationis* propria, modo non in simplici suspicione, quae vana opinione nonnunquam absolvitur, sed comminatione, et repraesentatione mali futuri consistat. *Consil. Tubing. T* IV. *C.* XII. *N.* X. Admitterem tamen, pro substituenda gladii poena, suspicionem gravissimi mali, *moraliter* certam. Jure Austriaco hoc et priori casu etiam *gladii* poena remissa Froel. *c. l. p.* 209.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM XVIII. N. 54.

Epilepsia rei nil mutat in poena.

Nihil in *epilepsia* reconditum, quod judicem ullo modo ut a lege recedat, movere posset, non *consilii* defectus qui corporis aegritudine haud pendet, non *morbi* indoles, cujus

in capitalibus vix ratio habetur. Multo minus medius terminus ab Autore prolatus stringit, cum poenae rationem in *paroxismo* quaerere velle, ridiculum. Et quod demum interest, reus sub gladio, an culeo in paralisin cadat? Confundit Autor remissionem poenae ab ejus *suspensione*. Hanc, paroxismo emergente, donec iterum remiserit, paulisper admittere, satius erit. Rem abunde exposuerunt BERGER *El.crim.* *p.* 215. WERNH. P. X. *Obs.* XV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XIX. N. 4.

Assassinii appellatio unde?

QUAE Autor de insidiis *assassinorum* christianis structis, narrat ad ea tempora quibus *expeditiones cruciatae* invaluerant pertinet. PAUL AEMIL *de reb. gest. Franc. L.* V. Cum enim Christiani *Saeculo* XI. et XII. ex omni parte terrarum turmatim iter ultra marinum suasu cleri susciperent, ad terram sanctam recuperandam, colluvies quaedam hominum, Asiam incolentium qui *assassini* nuncupabuntur, in id incumbebat, ut illos quovis modo insidiose prosequeretur. Solum odium nominis christiani inter hos *Mahumedanae* sectae asseclas in dies majora capiebat incrementa, eosque tantopere concitabat ut *pretio* pro impia internecione se conduci paterentur, eamque tanquam *artificium* pedetentim contra quoscunque exercerent, ceu ex JACOBI *de* VITRICO Historia *Hierosolym.* docet B. PARENS *Jur. Eccles. tit. de homicid.* §. XXVII. Paulo post in *Italiam* penetravit malum, ipsosque christiano pessimo more infecit, de quo quaestus INNOCENTIUS *in c.* I. *de homicid. in* 6. et pleni sunt annales sequiorum temporum, quibus vulgo: ***BANDITEN*** vocati, quos natura ad necandos alios pro pretio consequendo instigaverat. Atque hoc modo nata in Scholis distinctis inter assassinium *proprium*, et *improprium*, quorum illud ab infidelibus infideles, hoc a fidelibus inter se invicem exerceri dicitur. Sed merito ea ab Autore reprobatus, quum non professio fidei, verum *profligatae humanitatis* experimentum, homicidium adaugeat, et non magis fidelibus, quam infidelibus nefarium pariter ac turpissimum sit. Revera est *proditionis* species, insidiis subdole peragi solita, quae cum per se satis detestanda sit tanto graviorem reatum constituit, quoties cum nefario *commercii et negotiationis* genere conjuncta est. Unde mallem homicidium hoc, ad distinctionem ejus, quod sola proditione sine mercede committitur, *conductitium* appellare.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XIX. N. 18.

Poena conducentium operas in alterius necem.

IN poenam rotae executori scelesti mandati in poenam conspirat *art.* CXXXVII. *C. C. C.* cum aliis legibus, veluti jure *Palatino Tit.* XVIII. Sed, quod ad mandantem attinet, mores, quibus ex sententia

Autoris poena conducentium operas sanguineas innitur, solida ratione carent. Argumentum certe a proditorio homicidio ductum parum concludit, tum quod huic rotae supplicium contra tradita Autoris *Qu.* VII. *Obs.* I. vindicaverim, tum quod *locatio operarum* crimen aggravet, et sic duplex qualificatio concurrat, cui compensandae vix severitas sufficit. Sola *mordri* notio, quae huic sceleri apprime congruit, evincit, non mitius eum hujusmodi scelesta factione agendum esse, quam cum *latronibus* fieri solet. Tales enim recte vocari assassinos, satis aperte profitetur Glossator ad spec. *Sax. Lib.* II. *art.* XIII. eisque hanc appellationem vere propriam esse docet in verbis *das sind recthe Morder.* Et quae ratio, locatores a conductoribus discernere, quos ad impiam negotiationem, quae omne punctum fert, *aequaliter* concurrere, et mediante illa homicidium promovere, constat. *Ut enim ait* Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* V. *C.* I. *N.* III. *improbissimum est, ex hominum caede quaestum facere ita non multo levius improbissimorum hominum operam conducere.* Unde itaque probabit Autor assertum *N.* XXIV. conductorem, qui caussa, eaque prima negotiationis inhumanae est, ideo, quod lucrum *expendit*, non accipit, *levius* peccare. Certe, quo jure mandantem a mandatario prorsus non discrepare ipse Autor supra professus est, eodem in hac specie aequalitatem reatus dissimulare haud potuit. Unde *utrumque* criminis reum peraeque ad *rotam* condemnare non dubito cum Deciano *c.* XXX. *N.* XV at Mathei *c.* I. si ex veriori sententia, et non ex praejudicio doctorum respondere cogor. Nam incivile et intempestivum mihi videtur, *humanitatem* contra eos affectare, quos ipsa humanitatis *ejuratis* omni misericordia indignissimos judicat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XIX. N. 27.

Corpus delicti in assassinio. Requirit pactum praecedens. Poena proxenetarum.

Haec *tria* momenta omnino *corpus delicti* in hoc crimine absolvunt. *Primum* enim indoles *qualificati* homicidii exigit, quocum animum *directum* sororio nexu conjunctum esse, supra dixi. Quo posito, locationem ad vulnerationem utrinque directam, etsi in se nefandam, si mortem alterius produxerit, ad assassinium referre, temere non definiverim, cum Lauterb. *de assass.* §. XXVI. eo quod in hac specie solus animus *indirectus* concurrat quamquam ob intercedentem *negotiationem* quaestuariam *exasperationem* quandam mereatur, cadavere reorum gladio perimendorum, *rotae* illigato Berger *El. crim. p.* 103. *Alterum*, locationis negotium unice conficit, quod, quum solo consensu perficiatur, non video, cur Mathaei c. l. *certam* praemii constitutionem hic exigat, *honorari* promissionem contra non sufficere existimet. Tametsi enim omnes mandatarii gratiam vel honorarium aucupent, certe non *negotiantur* de sanguine humano, nec illum ad com-

mercium referunt, qui abusus denuum turpitudinem singularem spirat, et ad substantiam hujus sceleris pertinet, adeoque ratio *diversitatis*, quam perituram verebatur Mathaei inter utrosque omnino superest, sive homini nato lethum se illaturos spoponderint, sive foetui in utero quale quid ab *obstetricibus* nonnunquam fieri solet. *Ultimum* denique ausum crimen a perfecto et consumato distinguit, et ad turpissimi finis communionem in persona ejus, qui oblatam conditionem exequitur, pertinet, modo tempore *executionis* mandatum duret, alioquin, re integra revocatum, *tempestivam* poenitentiam arguit, quae revocatio a poena capitali liberat. Interim ex indole commercii non potest non pactum *praecedens*, de compensando homicidio cum lucro, necessarium esse, adeoque solum *lucrum*, sine mutua praecedente conventione, non sufficere. Quid enim si quis, cujus gratia caedes sponte facta, illam *ex post facto* ratihabuerit, pretioque pensaverit? Non putarem, *assassinium* committi, quum concursus ratihabentis sit *superveniens*, non *praecedens*, et longe minoris turpitudinis, quam ejus qui caedem interveniente operarum conductione *antecedenter* promovet. Heils. *de proc. inq. p.* 397. Omnium minime sola *oblatio* de caede pro pecunia committenda, etsi postea in actum deducta, sufficit, quia hic *mutuus* consensus, sine quo fingi non potest commercium, deest, Cothm. III. *Resp.* XXIX. *N.* CCCLXXX. Tandem de *proxenetis* et internunciis quaeri solet v. c. de eo, qui ob scelus committendum pecuniam *credidit*, *fidejussit* vel alias operas *proxeneticas* praestitit; et videntur hi ejusdem sortis cum reo principali esse. Nec enim hic spectatur, utrum quis lucrum percipiat, sed an promotor sceleris fuerit Giurba *Cons. Crim.* VII. *N.* IX. Sic. Wittebergenses capitalem poenam dictarunt ei, qui consilium *speciale* uxori ad assassinium mariti dederat, rejecta exceptione, quod pecunia soluta ad uxorem, non vero ad consulentem pertinuerit Horn. *A.* XVI. *N.* XXXVI.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XIX. N. 34.

Assassinium in consanguineum quomodo puniatur?

Ego in hac immanissima criminis specie praeter rotam, prehensionem cum *ferro candente* substituerem tum quia sub dubito an non qualitas scelestae conductionis longe superet nexus sanguinei qualitatem, eique respondentem suffocationis poenam. Adeoque regula, quod poena major absorbeat minorem, perverse hic applicetur; tum quia ista regula non tam ad unum idemque factum *duplici respectu* capitale, quam ad delicta *distincta*, et diversis poenis coërcenda pertinet. Autor noster ex falsa hypothesi hic ratiocinatur, et assassinium *qua tale* non majori, quam *gladii* poena coërcendum putat, qua cadente, cadit opinio huic superstructa, quod culeus *major*, et gravior sit poena gladii. Quid multis? ipse Carolus V. hanc speciem non obscure definivit, dum omne *mordrum* in consanguineos commissum

mediante *rotae* contusione et *exasperatione* diserte vindicandam jubet. *Mordri* autem speciem esse *assassinium*, ex notione ante praemissa satis apparet. Quicquid ergo in *genere* justum, id merito in ejus *specie* admittendum, nec in hac temere aliter definiendum praesertim quum ejusmodi exasperatio proportioni inter delictum et poenam et sic analogiae juris criminalis magis conveniat, quam regula de absorbendis poenis ceu infra *Qu.* CXXXII. docebo. Singularis et legibus ignota, licet in se *aequissima* exasperationis est species, apud Hertium *Resp.* CDXXXIII. qua ex sententia Giessensium assassini *aedes dirutae* et ignominiae caussa *palus* in area poni jussus.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XIX. N. 63.

Conatus assassinii proximus gladio expiandus.

De conatu tum in genere, tum in specie quoad crimina *atrociora* puniendo *Qu.* II. *Obs. fin.* ex asse disputavi, ad quae principia merito exigenda est quaestio de conatu parricidii. Quumque supra in conatu proximo saltim gladii poenam loco atrocioris supplicii consumationi praefiniti admiserim etiam hic in ea cum Autore *N.* XCV. subsisto, si assassinus, quantum in se fuit, omnia egit, quae ad impium consilium exequendum sufficere credidit, licet per fatum voto non responderit eventus. Horn. *Cl.* XV. *N.* XXXVI. Sed communis schola haec non capit, quin potius ex *cerebrina* quadam aequitate in sola poena *extraordinaria* subsistit, ut ex traditis apparet, late, congestis in *Cons. Tubing.* *T.* V. *Cons.* LXIV. *N.* CXXXIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XX. N. 3.

Quale veneni commercium prohibitum?

Venenae tractare in se non illicitum esse, norunt omnes qui *Chemiam* impune palam tractant. Ergo nec vendere ea aliter interdictum, quam si directo *necandi* caussa, vel saltim *promiscue* id fit. Sed aliud docebant romanis exempla eventus tristissimi, qua de re *emtionem* ejus tanquam rei flagitiosae reprobant *l.* 35. §. 2. *de contr. E.* V. quoties noxium et periculosum futurum esset commercium sive quod necandi hominis caussa, sive quod stulte et imprudenter, cum quovis emere volente, celebratum. Utrumque casum complectitur *l.* 3. §. 2. *ad l. Corn. de sic.* et praemissa specie priori §. 3. particulam *temere* Senatusconsulto adjectam fuisse, pro illustranda altera evincit. Neque enim placet opinio eorum, qui SCti verba ad eos, qui exemplo Alexandri ab Alex. *geneal.* II. *c.* XX. *noxia* pharmaca ad *necem* cujusquam properandam dederint, referenda censent. Quid enim opus fuisset, JCtum SCti illius meminisse, qui jam dixerat, *lege cornelia* teneri, qui malum venenum necandi hominis caussa *fecerit*, *vendiderit*, *habuerit*. Eandem

prohibitionem in primis *temerariae* venditionis regustat CAROLUS *art.* XXXVII. *C. C. C.* duplici adjecta limitatione. I) dum usus *innoxii* probationem admittit II) ac consensum *magistratus* pharmacopolis profuturum declarat. Prior proprie quidem *emtores* tangit, per consequentiam tamen ad venditores referri potest, quoties hos, de turpi commercio increpatos ad usum licitum venena vendidisse, eaque ad illum vere ab aliis applicata fuisse, constiterit. Posterior vice versa *venditioni*, si verba spectas, modum imponit, simul tamen emtionem tanquam *correlatum* determinat, quamquam non negaverim, plus peccare vendentes in officinis publicis, quam ementes, si restrictione legali neglecta, clancularium vel publicam, eamque promiscuam negotiationem inierint. Interim satius erit in *arbitraria* poena hic subsistere, nisi forsan de *societate* criminis contracta constiterit, quae sola per se ad *capitis* poenam sufficit, teste LEYSERO *c.* I. *Med.* XIV. Plane hodie nimis onerosum foret, in singulis comparationibus veneni adire *magistratum*, qui attestata scripta vix *gratis*, et sic sine onere dare solet, adeoque sufficit, de fide emtorum, vel *patris familias*, per cujus famulitium venenum conquiritur, constare LUDOVICI *ad art.* CXXX. *C. C. C.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XX. N. 29.

Sexus num habeatur ratio in poena veneficii? Wernhero dica scribitur. Suffocatio num saevior rota?

REJECTA hoc loco *sexus* differentia sola autoritate CARPZOVII nititur nulla vero ratione vel lege. Enim vero in *art.* CXXX. disertis verbis poena rotae *masculis*, suffocationis poena *foeminis* praescripta, contrarium vero nequidem in *constitutionibus Electoralibus* hic citatis reperitur. Neque hoc, quod idem prorsus delictum, eodemque gradu malitiae, ab utroque committatur sufficit, ubi, eo non obstante legislator poenas utrobique satis distinxit. Quare BEYERUS hanc legis correctionem non sine fundamento *pos.* V. *ad art.* CXXX. *C. C. C.* reprehendit. *Cur vero inquit sexus differentiam, cujus rationem Carolus habuit, hac in parte observari nolit Carpzovius, non respicio. Si enim de jure Saxonico Elect. poena culei in parricidio mediante veneno patrato sufficit, quid ni sufficeret, in homicidio simplici, etiam venefico.* Equidem defensorem CARPZOVII egit WERNHERUS *p.* X. *Obs.* CDXLIV. ratus, culeum *graviorem* esse rota, non autem constare, quare judex *durior* in sexum *sequiorem* esse debeat. Verum ita nec rationem dubitandi ex ipso jure saxonico allatam removet, nec etiam vera scribit, quandoquidem reus per suffocationem *citius*

absumitur, quam per membrorum contusionem, et horror *feralium angustiarum* culeo proprius, ab *hodierna* suffocatione in aquis longe abest, adeoque durities ejus mere *cerebrina* est. Neque etiam aliter de suffocatione judicasse videtur CAROLUS V. qui *sexui* unice prospecturus, circa genus poenae ita distinxit, et reapse meliorem foeminarum caussam facere voluit. Nam ex *art.* CXXXIII. constat, illum eandem poenam ad *sterilitatis* procurationem extendisse, quod secundum indolem hujus facti, non adeo infausti, fieri vix potuisset, si eam pro *rigorosa*, ac saeviori habuisset. Imo potius hanc ad *leniores* poenas ab eodem relatum fuisse, argumentum omni exceptione majus praebet *art.* CLIX. *C. C. C.* ubi loco suspendii in furto famosi, *foeminis* furantibus, illa praescripta, et nullum vero vestigium succurrit, quod hoc ipso foeminas furantes *severiori* poena coërcere voluerit, succurrit, quin potius omnia ad *favorem* sexus sequioris in hoc articulo composita, et *leniorem* vindictam isto supplicii genere adumbratam fuisse, constat. Si quod fundamentum adest, id unice in *observantia* scabinorum, quaerendum quae tamen ad *Saxoniam electoralem* restringenda, extra eandem aliis judiciis contra claram litteram legis, non obtrudenda. Unde Helmstadienses etiam in *ducali* Saxonia verbis articuli inhaerendum esse existimarunt, apud LEYSERUM *Sp.* DCIX. *Med.* IX. In jure *austriaco* lex Carolina, sexusque differentia totidem verbis repetita, et insuper *exasperatione* quadam aucta, teste FROELICHIO *Lib.* II. *Tit.* XVIII. *N.* II.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XX. N. 45.

Parricidii venefici poena. Conjugum vividefossio.

RATIONES ab Autore pro puniendo *parricidio venefico* ad jus *Saxonicum* pertinent. Qualis poena vero de jure *communi* in hac specie locum inveniat, ex iis colligi potest, quae *Obs.* IV. *Quaest. praecedent.* monui. Imo enormitas facti et concursus duplicis gravissimi reatus non repugnant, si in capitali saltim judex subsistit, quoties alter aegre quidem, vere tamen iterum sanatus ut expraejudicio apparet, quod recitat LEYSER *sp.* DCX. *Med.* XV. Quondam conjuges veneno se perimentes *vividefossione* facinus luisse, docui in *Elem. jurispr. crim. sect.* II. §. CCXXXVII. CCXXXVIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXI. N. 6.

Veneni propinati argumenta.

QUUM venenum, unde quis periit, vel *connatum* et in corpore ex immodico Bacho generari possit, vel ab alio *propinatum* sit, posterius vero ad homicidium tantum pertineat, utique operae, pretium erit, de ista propinatione certo constare. Qua in re *confessio* rei insigne pon-

dus adfert, quum propinare venenum sit factum *reo* proprium, cujus nemo quam ipse meliorem scientiam habet. Interim incertitudo, et fragilitas confessionis, ad quam nonnunquam defensores justa ex caussa provocant, ultro exigit, ut non pro idonea habeatur, nisi eam *indicia* reum de tam atroci facinore gravantia, comitantur, ut Auctor recte observat, et probant. Blum. *cit. art.* CXXX. *C. C. C.* Leys. *Sp.* DCIX. *Med.*I. Harpa. *Cons.*XIX.*N.*XXXIV. Quid vero est, quod circa hoc caput judicium *medici* negligat? Pertinet certe ejus indagatio ad *artis* peritiam, medicis propriam quorum est, judicem, quantum fieri potest, ea de re certiorem facere, ut Farinacius ab Autore *N.* VII. allegatus recte judicat. Vulgo, ut ex actis observavi, ex *faucium* laesione illam colligunt, sed haec conjectura non magis certa, quam illae, quarum Autor *N.* VII. mentionem injecit, quum venenum *oblatis* inclusum, vel *herbae* vulgo *Schnupftoback*, mixtum porrigi queat, laesione in voragine nulla apparente. Unde caute hic procedendum, et non tantum corpus secandum, verum etiam *caput* aperiendum, et num signa veneni in cerebro reperiantur, examinandum, et ex utroque, an veneni propinati argumenta concurrant, judicandum. Ulti mo tamen in judicio *medico*, ad cujus forum id pertinet, acquiescendum. Promovent hanc indagationem imprimis *vestigia* veneni in corpore reperta, defectus autem eorum, *corpori delicti* non obest, dummodo alias circumstantiae confessioni haud repugnent, veluti si reus talia, qualia fassus est, venena antea emerit, praeparaverit, tractaverit, ac symptomata et laesiones internae iis respondent, et similia. Nonnunquam a reo subdole delentur vestigia porrecti veneni quo casu ipsa abolitio, teste Leysero *N.* VII. pro corpore delicti eo magis habenda, quo certius esse hoc crimen ex eorum genere, quae *furtim*, et *clanculum* committuntur, ac per se *difficilis* probationis sunt, ut judex in corpore delicti praesumtivo subsistere queat, *arg. art.* VI. *C. C. C.* ibi: *so viel nach gelegenheit der Sache geschehen kan*.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXI. N. 12.

Malitia veneni a medicis exploranda. Vomitoria et experimenta sympathetica veneno proxima.

Uti propinationem *qualitas* veneni suo modo arguit, et ido ex parte ad forum medicum pertinet; ita multo magis inquisitio in veneni *malitiam* a medicis petenda. Necessitatem ejus satis tuetur ipsis legibus circumscripta providentia judicis, qua nihil omittere in causis criminalibus debet, pro eruendo corpore delicti. Quod cum in veneficio sit ipsa *laesio*, haec vero rationem in porrecto veneno *noxio* habere debeat, non potest, non decisio poenalis judicio *medico* indigere, ex quo utrum in veneno, an alia re, caussa laesionis proxima lateat, apparet dantur venena in *quali* nocentia, et convulsiones mox producentia, qualia sunt *arsenicum sublimatum*; dantur quoque, quae in *quanto* demum no-

xia sunt. Ni ergo de alterutro horum ex reliquiis, vel verisimili rei confessione constet, temere ad saevas hujus delicti poenas haud provolandum. Quem in finem relationem medicorum non vagam, sed *specificam* esse oportet, ut non temere, sed judicio exacto de re tanti praejudicii judicari possit. Equidem de *signis* veneni noxii internis, et externis, medici nec conveniunt, nec *regulae* generales dari possunt; interim momentorum, quae factum praesens singulare circumstant, connexio, multum proficere potest medico, in subministrando recto judicio, quod late instruit Alberti *jurispr. med. P.* I. *cap.* XIII. §. XXIV. Cave tamen, hae tantum in *minerali* veneno procedere, existimes. Nam etiam *vomitoria* ejus efficaciae esse inter omnes constat. Et medicamenta usitata ac probata, sed *praesenti* aegrotantis conditioni inimica, ad eandem classem pertinent, usque adeo, ut medicus *dolo* malo talia porrigens criminis *veneficii* reus fiat *art.* CXXXIV. *C. C. C.* Beyer. *ad art.* CXXX. *C. C. C. Pos.* I. Neque aliud dicerem de experimentis *sympatheticis* in detrimentum alterius usurpatis, si vera sunt, quae de vi et efficacia eorum vulgo circumferuntur. Brunneman. *von der Zauberey c.* IV. §. VIII. quare in his similibusque casibus occurrentibus semper recursus patet ad *medicos*, ut quid de efficacia ex indole, singulis speciebus propria, ad acta referant, appareat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXI. N. 23.

Philtri porrectio capitalis defenditur. Corpus delicti firmatum contra Hoffmannum.

Hic denuo lucem capit, quam antea propugnavi, doctrina, quod in homicidiis *qualificatis*, quale sine dubio est veneficium, animus *directus* occidendi requiratur ad poenam ordinariam. Inde vero pendet quaestio de *philtro* ab Autore proposita, de qua olim varie judicatum, nec hodie omnium eadem est sententia. In *Areopago*, sanctissimo *Athenarum* concilio, mulierem quandam, quod amatorium poculum marito dedisset, quo is perierat, caussam dixisse, et *absolutoriam* obtinuisse, memoriae proditum est. Et videtur haec species peculiares suas habuisse rationes, dum de uxore concepta, maritum optimo jure amante, sed in *desiderio* tantum *excedente*, qui excessus, dum honestum *initium* habuit, in *tantum* excusasse videtur. Quid vero si in furtivo eoque *illicito* amore constituta desiderii poculum porrexit, et quendam inscium ac invitum in sui amorem pellexerit qui inde post periisse dicitur? Paulus *in L.* 38. §. *de poen.* de plano pronuntiat *etsi dolo careat, tamen rem pessimi exempli esse, et ideo summo supplicio facinus luere.* Capitis ergo h. e. mortis ream censet, non poenae huic proximae, hoc est *deportationis*, cui alias isthaec phrasis respondet. Nam hanc in

casu innoxiae porrectionis ipse definiverat; ergo in laesione noxia, quae gravior, subintelligere non potuit. Interim rationes a PAULO propositae interpretes in scholis huc usque dubios detinuerunt, ut in utramque partem hac de re disputaverint. Quid enim sibi vult, quod *dolum* committi neget, et tamen ad *summum* supplicium recurrat? Quid causae ob solum *mali exempli* metum in hominem tantopere saevire? Nonne fateri cogimus, caussam ad poenam capitalem haud qualificari? Haec et similia inquam, offenderunt plures et inter exteros LANGLAEUM *semestr. Lib.* VIII. *p.* 580. inter neotericos KRESSIUM *ad art.*CXXX.C.C.C.§.III. *N.* III. ut non nisi *latam* culpam hic subesse, et ideo mortis poenam exulare, existimaverit, substituta sola extraordinaria, quam etiam repetit jus *Austriacum art.* LXXII. FROELICH *p.* II. *p.* 233. Alii cum BERGERO *El. jurispr. crim. p.* 13. ex ore Autoris nostri pendent, poenamque capitalem non nisi ad eam speciem restringunt, in qua ad impediendam conceptionem, *sterilitatemque promovendam* poculum praeparatum. Verum ab his recte recedunt SPEKHAN. *Cent.* III. *cl.* II. *Qu.* V. GRANZ. *de def.reor.p.*II.*p.*117.*N.*CXXXVIII. LEYSER *c. l. Med.* XXV. et supplicium capitale a PAULO jam definitum, simpliciter defendunt, quibus et meum calculum quoque addo. Enim vero hoc ex solo principio de animo occidendi *indirecto* cum *dolo* conjuncto, quod Autor ipse supra strenue defenderat, sustinetur, ut recte docet HENNELIUS *otio Uratisl. cap.* XXI. Concurrunt hic factum, illicitum, animusque invitum, vel innoxium, amore venenato laedendi; subest res periculosissima, et quae vel vitam finire, vel furorem provocare, apta est, de *Lucullo* PLIN. *Lib.* XXV. *c* III. et de *Caligula* SUETON. *in ejus vita c.* VI. proditum est. Hi effectus *per se*, non demum raro seu per *accidens* emergunt, adeo, ut, licet pocula non eodem *gradu*, eodemque modo in quocunque subiecto stimulent, mentisque exilium concitent, talia tamen patemata producant, quae vitiosa, et morti, furorique proxima sunt. Qui autem in porrectionem usumque ejusmodi rei consentit ex qua lethum vere postea sequutum, et, sequi potuisse, hariolari potuit, is, nescio, an multum ab eo discrepet, qui solo *animo vulnerandi* alterum confodit. Subest itaque non directus quidem, sed *indirectus*, ast *dolosus* occidendi animus non *veneficium* cui voluntas directa propria est, sed *simplex* homicidium: non poena *rotae* veneficis propria, sed solius *gladii*. Idque non obscure intendit ipse PAULUS, qui dolum subesse negans, animum directum intelligit, seu dolum *specialem* et *purum*: e contra *generalem* aut *eventualem* qui animo, tam periculosis mediis laedendi inest non excludit, imo potius sub provocatione ad rem *pessimi exempli* recte probat, quae non tam *frequentiam* delinquendi notat, et hanc pro medio termino suggerit, ut nonnullis visum, quam ad *perniciem reipublicae* respectum habet, dum multi in *furorem*, alii in *insaniam* plerique in *vitae* periculum incidunt. Ita, inquam, PAULUS intelligi potest, ac debet. Sed dabo adversariis, paululum obscure JCtum loqui, quid inde? Nonne vel sola

ratio jurisprudentiae criminalis ab animo *indirecto* petita sufficit, ad poenam capitalem etiam sine Pauli elogio dictandum? Aut itaque ratio *diversitatis* inter hanc speciem, et caedem aliam animo indirecto, dolose commissum, ostendenda; aut homicidium *capitale* hic utique admittendum. Certe quod Kress. ait, meram *culpam* hic subesse, ad petitionem principii pertinet, asserta vero regula, quod qui in rem *illicitam* consentit, de *exitu* teneatur, ad interesse *privatum* restringi debeat, manifeste falsa est, ceu supra *quaestione prima* docui. Nec felicior distinctio Autoris nostri inter poculum cum vel sine procuratione *sterilitatis* porrectum, quia hujus in cit. l. nec vola nec vestigium, ut jam Kressius observavit, et ante eundem Brunnem. *ad cit. l.* 38. *N.* II. Si conjecturis locus, Carpzovius ob nullam caussam sterilitatis procurationem hoc loco immiscuit, quam ut animi *laedendi*, sine quo dolus nullus, argumentum conquireret, quod tamen cum sola qualitas *furtivi* amoris, tum *pessimi* exempli eventus scientia, suggerit, et sufficit ad eadem fundamenta hic repetenda, quae ipse pro capitali supplicio animi *indirecti* supra propugnavit. Unicum Casum tamen, et quidem eum, de quo in *Areopago* consultum senatum respondisse, supra ostendi a *summa* supplicio eximerem; et sola poena *extraordinaria* coërcerem, eo quod uxor non tam improbe, quam per *inconsultum* amoris libidinisque *excessum* egerit. Unde hanc exceptionem recte probat Froelich. *cit. loco.* Sed forsan de lana caprina disputamus, si verum est, quod quidam, et inter hos celeb. Hoffman. *de laesion. extern. Obs.* XVI. suggerunt, pharmaca amorem conciliantia non dari, quia sic *corpus delicti* omnino deest. Absit vero, ut sic sentiamus. Verbis ludunt, quia ita sentiunt, re ipsa non dissentiunt. Tota vis argumenti huc redit, non existere venena amorem erga *certam* personam conciliare apta, aut, si dantur in cerebro *dispositionem* quandam occultumque amorem jam recondi, sine quo vis eidem *nulla.* Denique inter omnes species *Belladonnam* quidem, quoties phantasiae idea amoris jam inhaeret, furorem uterinum *promovere*, non aeque *excitare.* Verum *prior* ratio in se quidem vera, sed nil relevat, quum, veneno libidinem in certo subjecto generatim provocari posse satis sit, licet non ubique eundem effectum habeat, *altera* id supponit, sine quo omnis de poculo porrecto quaestio inanis foret, reapse vero firmat *dispositionem* hominum, quam, quia solo gradu inter tot subjecta differt, omnino existere oportet. *Ultima* vel ideo, quia *aliquando* ad furoris uterini excitationem vel promotionem fatente Hoffmanno efficax, et sic periculi plena perhibetur inepta est, ut nil quicquam sit, quod *corpori delicti* opponi possit, si de propinatione herbarum, phantasiam, fere obnubilantium, amoresque igneos excitantium, denique de tristi inde secutae mortis eventu constat.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXI. N. 32.

Cerevisia veneno tincta. Animalia veneno corrupta. Veneficium culposum medici vel medicastri.

Integrum hunc numerum de solis animalibus, quibus *vescimur*, quorumque carnis venenati esu viscera, sanguinemque inficere possumus, intelligendum esse, qualitas homicidii, sub qua veneficium hic tractatur, docet. Quod autem *gladium* sufficere existimet, ego quidem non capio nec ex argumentis allatis convincor. Aut enim esu carnis hominem *periisse*, vel graviter laesum; aut re *integra* facinus manifestatum esse constat. *Priori* casu a rigore juris, ut recedam, nulla ratio me movet; *posteriori* species vel ad casum, ubi venenum tantum tractatur, sed applicatum non est, h. e. ad *conatum*, pertinet, quem sola extraordinaria poena expiari, sufficit; vel ad simplex *damnum* datum referenda, si ad arcenda poecora nociva id factum, et itidem in leviore coërcitione subsistendum, quorsum praejudicium a Leysero *c. l. Med.* XXII. allatum refero. Plane in *pascuis* singularem *utilitatis publicae* rationem latere, et ideo exemplo opus esse in terrorem aliorum, facilius concesserim, ut tamen 1) idem ad eum, qui *cerevisiam*, *fontemque* veneno corrupit ex rationis paritate extendendum sit, 2) in *corporali* poena judex subsistat, non capitalem moliatur, quam ad concremationem ob cerevisiam veneno *innoxie* tinctam quondam *Scabinos Jenenses* extendisse, ex Schiltero *Exerc.* XLIX. *Th.* CXXV. similibusque praejudiciis ab Autore *N.* XXXI. subjectis discimus, et etiamnum Zierizium ac Bullaeum contra omnem rationem defendere, notat Clasen. *h. a.* Eademque poena arbitraria merito in omni veneficio, sine dolo per culpam commisso, servanda, quorsum *l.* 3. §. 2 *ad l. Corn. de sic.* refero, quae de medicamentis ad *bonum* et *innoxium* finem, veluti *conceptionem* promovendam, sinistro eventu, sed inconsulto datis, capienda, maxime quum solius *relegationis*, quae culposi facti poena esse solet, mentionem faciat. Par ratio est eorum in genere quorum sive *imperitia* sive *negligentia* in parandis, miscendis, assignandisque medicamentis, homo extinctus, sive *artem sanandi* publice profiteantur, sive, ut inter viliores moris est, *privatim* curationes affectent, quales imprimis carnifices esse solent. Nam his merito opponitur *art.* CXXXIV. *C. C. C.* qui *utrosque* medicastros ejusdem reatus, et veneficii *culposi* reos facit, quum latissima culpa sit, plus de facultatibus suis sperare, quam in iis est, aut se cum dispendio alterius notabili ingerere rei captum proprium excedenti, aut denique quum satis peritiae adfuisset, *segniter* aegrotum mortique per se vicinum tractare. De Corpore delicti ante omnia judicare hoc casu debent *Collegia medica*, et solertissime in qualitatem morbi medicamentorum porrectorum, et ipsam tractationem miseri in morbo decumbentis inquirere, a quorum relatione sententia judicis pendet. Ea, si medici vel

chirurgi *honestae* conditionis de culpa convicti, pecuniariam poenam non egreditur et suspensione a facultate publice sanandi absolvitur: sin alii privati medicastri, pro gradu commissae culpae ad relegationem, vel pro re nata fustigationem extenditur. Speckhan. *Cent.* I. *Qu. XXIV.* et *Dd. ad cit. art.* Fateor tamen praxin harum poenarum intuitu vulgi esse frequentiorem, quam intuitu ipsorum medicorum, aut chirurgorum, propter violentas pro his militantes praesumtiones, quas collegit Thoennicker. *advoc. prud. in for. crim. pag.* 96. et difficultatem judicii, quod sine accurata morbi cognitione, quae post mortem plerumque anceps est, super modo sanandi ferri nequit; nisi sola *qualitas* medicamenti in qualitate vel in quantitate inusitati; desidiam turpemque ignorantiam mox evincat.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXI. N. 45.

Veneficium sola nociva veneni porrectione absolvitur. Variae interpretum sententiae, de sensu art. CXXX.

Quot vulgo dicitur de conatu, nonnisi praemissa accurata delicti principalis alicujus sufficienti *determinatione* constare, id in veneficio insignem usum habet, Autor noster veneficium, prout plerumque fit, pro homicidii specie accipit, quo posito, ad conatum ejus refert omne factum, ad nocivam veneni tractationem tantum pertinens, quamdiu mors hominis inde non sequuta, quum potius sola *applicatio* veneni hominibus nociva reatum veneficii ex mente *Carolinae* absolvat. Non immorabor quaestionibus de gradibus conatus poenisve sigillatim his imponendis; nam haec vulgaria sunt et ex regulis supra expositis per se fluunt. Jam de solo casu, quo venenum *propinatum*, exitum mortis non habuit, *laesionem* tamen notabilem procuravit, sollicitus ero, ut constet, quae *poena* tum locum habeat, *ordinaria*, an *extraordinaria?* Ex Autoris nostri traditis apparet, eum pro posteriori pugnasse. Vereor autem, ut ob imbecillitatem rationum caussa sit casurus, jam derelictus, et notatus a melioris notae JCtis, Kressio *ad h.* §. IV. *N.* II. Beyero *eod. Posit.* XI. Leys. *cit. loc. Med.* XV. Ut rationes ex jure civili, et saxonico petitas tanquam ad Rhombum non pertinentes, silentio mittam: omne ratiocinium *duabus* absolvitur propositionibus, quarum *prima* est, jure communi pro conatu hic nullam poenam capitalem esse constitutam; *altera* particulam *oder* ex more stili *Carolini* non disjunctive sed *copulative* esse capiendam. Sed quod ad primam attinet, juris communis asylum perperam in legibus *Romanis* quaerit, quod in *Carolino* quaerere debuisset, ex quo ipse *Qu. praec.* N. XXXII. crimina potissimum aestimanda judicavit, *Altera* contorta est, et vim verbis infert. Verum est, nonnunquam voculam, *oder* copulative usurpari, sed non aliter, quam quoties connexio, aut suspicio absurdi inde sequuturi, id absolute postulat, quia tunc secundum regulas interpretandi communes verba *improprie* capienda.

Talis ratio vero hic prorsus exulat; omniaque; si vox secundum nativam significationem disjunctive accipitur, plana sunt, et integrae sanctioni longe convenientiora. Nullo verbo imperator de caede edicit, sed tantum de laesione, et ideo verbum *bescädiget* usurpat, id non usurpaturus, sed, *tödtet* scripturus, si fines veneficii capitalis in *morte* hominis praecise quaesivisset. Imo videtur studio prius adhibuisse, ut responderet praemissis verbis *Leib oder Leben*, quippe quae reapse per superius vocabulum sigillatim explicat, ac clare determinat. Vidit imbecillitatem ratiocinii *Carpzoviani* Grass. *in collat. R.* I. *cum Jur. R. Sect.* XV. *p.* 809. et misso illo, pro defendendo Carpzovio praesidium in verbis *gleich einem fürgesetzten Morder* reperisse sibi videtur caussatus, haec ad speciem praesentem non quadrare, sed verae caedis *consummationi* tantum propria esse. Quis vero non videt, ista verba solius *poena* non vero *delicti* determinationi inservire, et nil aliud involvere, quam quod in veneficio, cujus determinatio sola laesione plene absolvitur, eadem poena, qualem *latrones*, consumato scelere expectant, locum habere debeat. Ne dicam, etiam hunc, qui veneno necare tentavit, et a sua parte omnia fecit, quae ad complendum crimen necessaria erant, licet casu eventus speratus interciderit, in sensu juris *ein Morder* vocari recte posse. Saltim ita sentit ipse autor in *atrocissimis* delictis, ad quae hoc pertinet. Ita judicavit *Qu.* XVII. *N.* XII. XXI. XXVIII. et hoc modo *art.* CLXXVIII *C. C. C.* interpretatus est, cujus verba finalia *am Leben* omnino frustranea, et nullius usus forent, si ad talem, de qua hic quaestio est, speciem, et qua atrocior fingi in conatu vix potest, non referri possent. Sed ecce! novum Wernheri *P.* X. *Obs. CDXLIV.* argumentum petitum ex verbis *oder Leben*, frustraneis, ut putat, si imperator in sola *corporis* laesione substitisset. Quasi vero hoc vitium orationis sit, utrumque casum veneficii distinctis verbis exposuisse. Scivit utique legislator, venenum cum corpori, tum vitae, nocere posse ac solere, adeoque *utrumque* casum sollicite expressit, posteriorem vero speciem tanquam *frequentiorem* prorsus silentio omittere non potuit. Et cur non ita argumentatur Wernherus in materia de *moderamine inculpatae tutelae*, ubi ipse imperator itidem periculum *an Leib, Leben* supponit, defensionem autem sub nulla specie, *vitae*, non aeque *laesionis* periculo constrinxisse, dici potest, quod, si huic argumentationi vis inesset, ex paritate rationis fieri debere, evici in *El. jur. crim. C.* I. §. CCXXXVI. *in not.* Majorem speciem habet interpretatio Textoris *de Corpor. delict.* §. XIII. qua bina verba ex rubrica articuli: *Toetungen* et *Vergeben* in suas partes trahit, qua si priori non responderet articulus si de *morte* ex veneno sequuta haud acciperetur, posterius autem pro nativa significatione ad extinguendum hominem pertineat. Verum ne hoc quidem moveor, certo persuasus vocem *vergeben* nil plus, quam *vergifften* involvere, dubii significatus esse, et prout sibi quis notionem veneficii fingit, de quavis nociva *porrectione* veneni accipi posse. Similiter rubrica generalis *fol-*

gen etliche böse Toetungen etc. non tantum praesentem de veneficio articulum, sed plures sequentes comprehendit, et vel de eo, quod ut plurimum fit, intelligenda, vel accipienda de homicidiis, cum *vere*, tum *fictione* juris talibus, quale propter verba articuli *gleich einen fürgesezten Morder* omnino est veneficium ad actum *proximum* usque perductum. Alioquin si tam rigorose accipere velles rubrum, quomodo quaeso! salvanda, quae sine dubio sub illa continetur, procuratio *sterilitatis art.* CXXXIII. *C. C. C.* exposita? Non est haec verum homicidium, sed habetur pro tali, ejusque reus tantum, *als ein Todisclläger* puniri dicitur, eoque solo respectu ad rubricam generalem cum haec, tum prior, tum reliquae homicidii veri species relatae. Quocunque ergo te vertas, deest tutum refugium contra nostram sententiam, non duram, sed *aequitatis* ratione satis commendatam, disputandi. Neque enim aequitas solo justitiae temperamento, et *misericordia*, ut vulgo sentiunt, absolvitur, sed in rationabili et objecto convenienti juris applicatione consistit, et rigorem poenarum ordinariarum ob singulares circumstantias aeque comprehendit. Justior, vero *asperitatis* causa non est, quam ipsius delicti *qualitas*, dum veneficium plenum *insidiis*, quas vitare difficilius, quam mucronem effugere. Quae sola ratio tanti visa fuit Mathaeo *c. l. N.* III. ut capitale supplicium probare non dubitaverit, si venenum non solum paratum, sed *praebitum*. Hoc tamen non invitus concedo, ut, quemadmodum in assassinio, et parricidio docui, et ipse Carpzovius probavit, *genus* poenae capitalis temperari, et in hac specie sola *decollatio* admitti possit, quemadmodum Schilter. *Ex.* XLIX. *Th.* CXXV. Hertius *Resp. DXXV.* Ludov. et Kress. *ad. h. a.* Leyser *cit. l. Med.* XVII. judicant, et Froelich ex jure *austriaco art.* LXXII. pronunciat, imo ipse Carpzovius judicat *Qu.* XVII. *N.* XXI. XXVIII. Superest adhuc ea species, ubi venenum ab initio quidem hominem non extinxit, graviter tamen laesit, statumque *morbosum*, tandem *post* aliquot annos *mortem* conscivit, in qua *a crurifragio* non dimoveor, quum nil referat, *confestim*, an *post tempus* quis decedat, dummodo veneficium *caussa mortis* fuerit, ceu Leys. *Med.* XXV. et Wernherus P. III. *Obs.* LXXV. fatentur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 5.

Notio latronis, et grassatoris ex jure Romano.

Vox latronum, ut Varro *de lingua latina c.* VI. notat, honesta origine, in invidiam postea abiit. *Pessimum* genus latronum dicitur, quia his proprium, *clanculum* incautos perimere. Unde a hostibus, qui *palam* et publice alios aggrediuntur, perpetuo separantur *L.* 18. *commod. l.* 1. *de leg.* 3. *l.* 99. *de V. S.* praeterea JCtus *insidiantium latronum* meminit *l.* 4. *ad legem Aquil.* imo *latronum more* necare idem est, ac insidiose occidere, ut ex *L.* 5. *ad l. Pomp.* de *parricid.* aliisque

locis, quae congessit Ramos *ad l. Pomp. de parricid. Lib.* VIII. *pag.* 329. apparet. Quid? quod *mercede ad necandum conducti* hoc nomine insigniti, Mathaei *p.* 108. quibus solemne, clanculum homines perimere. Neque tamen caedes *occulta* solum latronem facit, sed aeque cum ea conjunctum *spolium*. Nam ita proprie vocantur, qui *caedis ac spolii* caussa in viis publicis armati *l.* 1. *ff. l.* 2. 3, 4. *Cod. ad l. Cor. de sic.* Seneca *Lib. V. de Beneficiis cap.* XIV. Eorum *maxime insignes* vocantur in *l.* 16. *de appel. famosi, ducesque suae factionis*, criminis caussa sociatae in l. 28. §. 15. *de poen.* His proximi habentur, vere tamen ab illis differunt *Grassatores*, qui cum impetu grassantur ad rapinam sine animo occidendi. Nam fraudes artesque clanculariae iis aeque tribuuntur, adeo ut Suetonius illos cum sicariis conjungat *L.* I. *C.* LXXII. *Subitos* vocat Juvenalis *Satyr.* III. *versu* 305. et Petronius *C.* LXXXII. *Nocturnos* appellat, JCtus vero *tanquam latrones* puniri asserit *l.* 2. *arbor. furt. caes.* Illi lege *Cornelia* tenebantur, ut *l.* 1. *C. ad l. Corn. de sic.* severissimo supplicio. Non nunquam enim bestiis in spectaculis objecti. *Ammian. Lib.* XIX. *in f.* Saepe *flammis* consumti August. *Lib.* III. *de lib. arb. c.* IX. Plerumque *cruci* affixi, ut erudite docuit JCtorum facile princeps Everh. Otto *de tutelis viarum Lib.* III. *C.* IX. Hi *extraordinaria* poena facinus tuebant, aliquando capite, si quidem *saepius* in *itineribus* id admisissent *l.* 28. §. 10. *de poen.* Ita in ordinem reducenda, quae paululum confuse de his disserit h. l. Autor noster.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 6.

Quid Mord, Todtschlag? Poena rotae in latrocinio justissima.

Tracta est appellatio latrocinii ad facinus, quod germani *Mord.* vocarunt, non quod utrique idem reatus praecise conveniat, sed quod ambitus posterioris priorem comprehendat. *Latius* enim patet *Mord* quam latrocinium, et vox est genio Germanorum propria, ex eoque explicanda. Majores sub eadem omne *egregie improbum*, *per fraudem*, *vel insidias commissum homicidium* comprehenderunt et homicidio *simpliciter tali* contra distinxerunt, per quod intellexere caedem inconsultam, vel aperto marte *palam* quidem, sed sine singulari *improbitate* perpetratam. Unde est, quod in chartis 1) *mordrum* huic ubique opponatur, ut ex locis a Kressio allatis *ad art.* CXXXVII. §. II. *N.* VIII. apparet, 2) illud, quasi candori germanorum inimicum *rigori* poenae subjectum esset, hoc facilius *asylum*, veniamque mereri crederetur. Licet itaque omnis *Moerder* sua natura directam voluntatem habere debeat, non tamen omne *praemeditatum* occidendi consilium mox *mordrum* inferebat. Quae ratio est, cur imperator, quoties rotae poenam minatus, addat praedicatum *muthwillig* et *fürsetzlichi* ut eo magis notionem mordri veri, proprii, ac capitalis exhauriret, et aliam internecionem inimici, vel hostis,

quantumvis deliberatam excluderet, quam mordrum non constitucre, patet ex KONIGSHOVEN *Chron.* CV. §. III. ubi a magistratu contra caedem palam factam decretum: *das die von Rosheim kcinen Mordt damit begangen, dasz sie ihre Viende erschlagen haetten.* Quum itaque verbo *mordt* nulla species quam latrocinii, aptior sit, non inepte interpretes *art. cit.* primario ad illud traxerunt, verbis *glossae ad speculi saxonici art.* XIII. *lib.* II. convenienter *etliche ermorden die Leute um Geldes oder Gutes willen und mit wohlbedachten Muthe: diese sind rechte Morder.* Nam latrocinium in sensu stricto et proprio, ipso Autore nostro monente, est homicidium animo *directo* et *spolii* caussa perpetratum, ita ut praemeditatum consilium cum ad *caedem*, tum ad *spolium* praecise directum esse debeat. Proditorium *Meuchelmord* id vocat FROELICH *lib.* II. *Tit.* XVI. *c.* 17. quia vix sine insidiis committitur. Latior tamen hujus appellationis notio, et etiam sine *spolii* intentione quodcunque homicidium *clancularium* notat, ut supra *Qu.* I. observavi. Quae cum ita sint, non est, quod severitatis nimiae accusari possit, *rotae* supplicium, quin potius pro ejus justitia non inepte allegatur, quod, quum in aliis delictis inconsultum factum *doloris*, et iracundiae ratio et *defensionis* respectus multum malitiae detrahat et excusationi addat; in hac specie illarum circumstantiarum neutra occurrat, sed reus omnia *deliberato* consilio antecedenter meditetur, et proterve exequatur, ideoque exemplo *singulari* opus sit. Probat eundem rigorem ex jure *austriaco:* FROELICH. *P.* II. *pag.* 227.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 13.

Qualis intentio latronem constituat?

Lis, quam Autor de *principali* intentione latronum movet, est mere inanis, nec respondet definitioni latrocinii *N.* XVIII. propositae. Nam intentio ad caedem et spolium aeque *principalis* esse, et uterque eventus ordinariae subsequi debet: alioquin demta alterutra cogitatione, latrocinium non erit, sed vel homicidium simplex, vel rapina. Et *principaliter* meditatum dicitur omne, quod non per indirectum, nec raro contingit, verum quod semper facto cohaeret vel cohaerere debet, ac antecedente deliberatione constat, sive consistat in *fine*, sive in *medio* cum fine inseparabiliter connexo.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 23.

Latrocinium ad certa loca non restringendum.

POTISSIMA dubitandi ratio a praeconcepta indole *rapinae*, quae huic sceleri cohaeret, petenda. Nam raptorem nonnulli JCtorum, impri-

mis *Tubingenses* ad effectum poenae capitalis eum dicunt, qui in *via publica* spolium consummavit, reliquos vel ad *fures* relegant, vel saltem *extraordinem* puniendos censent. Sed uti ista sententia solido destituitur fundamento, ceu infra suo loco patebit, et praeterea *duplex* delictum capitale, quod reatum auget, hic concurrit; ita iidem JCti, qui cum *Tubingensibus* rapinam eodem modo ut dixi, peculiariter determinant fateri coguntur, hujus circumstantiae in latrocinio puniendo nullam rationem asse habendam *Vol.* IV. *Cons.* XLV. *N.* XXIII. Quam in rem rationes ab Autore allatae manifeste concludunt, quibus tantum ex indole delicti praesentis addo, quod secundum ipsam definitionem *N.* XVIII. allatam *locus* non ingrediatur essentiam criminis, nec circumstantiam, quae poenam homicidii aggravat, continet, sed haec cum in voluntate necandi et spoliandi directa, tum in scelerato animo, *lucri* caussa circa sanguinem humanum quid moliente, tum in *proditione*, ausuque clanculario, ac improviso, quarum circumstantiarum alterutra hic ordinarie concurrit, quaerenda. Quibus suppositis omnia plana. Imo ne quidem latrocinium ex *via publica*, in qua id commissum, atrocius reddi, crederem, quum non minor securitatis publicae ratio pro *domo privata*, quam locis, sylvisque *publicis* militet, adeoque utrobique eadem poena obtineat. B.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 37.

Latrocinium animo indirecto non committitur, nec ob justum dolorem excusatur. Inter plures sola conventio ad necandum requiritur non opera proxeneticae in executione facinoris.

HACTENUS latrocinium utique cum homicidio coincidit. In eo tamen diversum jus obtinet, quod ibi inter plures sceleris socios consensus praecise ad *occidendum* directus esse debeat, et sic *expressa* conventio desideretur, non vero sola consultatio, de reo graviter *vulnerando*, quae tacitum et implicitum consilium occidendi ex natura armorum adhibitorum infert, sufficiat in hoc vero, ubi animus directus et indirectus pari passu ambulat, qualecunque compactum ad inferendum dolum efficax sit. Praeterea in hoc posteriori reis suo modo prodesse potest, si plures *lacessiti* ad repellendum inimicum vires uniunt, ceu KRESSIUS recte observat *ad art.* CXLVIII. *C. C. C.* §. II. Verum in nostra specie nihil prorsus praetextu praecedentis *offensionis* mutandum, in definienda poena capitali, quum alia sit ratio ultionis ad solam necem directae, alia ejus, quae simul ad spoliationem comparata. Illam, in homicidio simplici suo modo excusat *imbecillitas* humana justo *dolore* excitata. Hanc in latrocinio nullus fe-

vor comitatur, nec doloris praetextus excusare potest, qui eousque extendi nequit, ut *duplici* reatu capitali injuriam pensare, et tum maligno exemplo, quod *extremum* malitium sapit, imbecillitatem opponere liceat. Ibi quicquid socii moliuntur, ultionis caussa fit: hic affectatu ultio subest, quia *lucri faciendi* animus intercedit quocum illa nil commune habet. Ita vero in latrocinio soli animo directo non unice inhaerendum, sed ex illo, et reliquis circumstantiis crimen aggravantibus simul semper rationes subducendae. Quid vero si unio *voluntatum* in necem et spolium adsit, in ipsa delicti *executione* nullae operae proxeneticae a sociis praestitae, an etiam hic *paciscentes* parem poenam cum *executoribus* expectabunt? Id negasse memini aliquando JCtos in casu, quo caupo de scelesto compacto et hospitio promisso convictus hac exceptione se tuebatur, et Responsum huc directum impetraverat, quasi ob solam scelestam factionem simplex *gladii* poena contra hunc sufficiat, reliquis sociis ad *rotam* condemnatis, in quam sententiam in simili prorsus casu inclinarunt, *Tubingenses Vol.* V. *Cons.* LXXIX. Sed ordo noster omnes in eodem reatu esse judicavit, satis ad executionem cauponem concurrisse, ratus, quod compactum, sceleratum hospitium, et participationem spolii confessus esset vid. MATTHAEI *de crim. tit. de recept. C.* II. *N.* II. BOCER. *de latroc. N.* XXXIV. Enimvero quod vulgo contra operas in ipsa executione praestitas pauli rigorosius statuendum esse asseritur, nulla alia ex caussa fit, quam quod his ipsis consummatio immediate promoveatur. Atqui talis promotio ex promisso tutissimo refugio, aeque si non majori gradu, colligitur, consequenter in effectu perinde est, ac si tempore delicti opera reales praestitae fuerint. Plane si extra pactum expressum, scienter tamen, operae proxeneticae praestitae, veluti si res spoliatae ab aliquo transportatae, vel quis solius *nuncii* officium subierit aequum est, ut ob minorem concursus rationem poena *extraordinaria* locum habeat. Neque aliam definirem si receptatio *post* crimen, inscio stabulario plene consumatum, dolose accessit. Nam neque haec, neque sola lucri participatio momentum aliquod constituit, quo ad *effectum* latrocinii quid collatum adeoque nec latronem, sed merum *receptatorem* arguit, mitiori poena subjectum.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 58.

Latro est qui impraegnatam ne stuprum manifestetur, necat.

EXEMPLA Autoris lucrum *patrimoniale* concernunt quia vero qualecunque commodum, et spes boni aut metus mali sufficit, nescio, an non is pro latrone habendus, qui *impraegnatam*, ne stuprum manifestetur, perimit. Dubitat de hac specie Autor *Lib.* VI. *Tit.* IX. *R.* XC. *Conf. Qu.* XXIV. *Obs.* I.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 68.

Spoliator qui resistentem perimit, num latro sit?

Quia non praecise praecedens consultatio, sed solus directus necandi animus qualificatum homicidium arguit, recte Autor speciem de eo, qui per resistentiam ad occidendum inducitur, ad latrocinium refert, et poenam rotae definit, quam Jus Austriacum eodem modo probat, referente Froelichio *P. II. p.* 226. Utrum vero in eo casu quem Autor proxime sequenti *N.* LXXVI. refert, decisio defendi possit, non sine ratione dubito. Ad est enim hic intentio caedis et spolii ab initio *directa* quae sufficit ad *latrocinium,* licet non usque quaque uterque finis obtentus. Mutatio voluntatis in latrone postea superveniens circa atrocitatem facti nil mutat, quatenus non ultronea, sed necessaria est, nec tam remissionem animi furandi, quam *impossibilitatem* spolium praemeditatum auferendi arguit. Seu, ut ait Struv. *Ex* XLVIII. *Th.* V. *destitit latro non quia noluit, sed quia non potuit.* Igitur ista circumstantia meo judicio poenam sceleri intento propriam non magis tollit aut minuit, quam homicidae cuicunque doloso prodest, si ab adversario in angustias redactus tuendi sui caussa, remisso animo occidendi, vulnus, quod tamen lethale fuit, intulit. Neque caussam spolii hic tam stricte cum Autore accipiendam puto, ut nisi homicidium ipsum spolii commissi *medium* constituat, latrocinii reatus exulet, quum non ipsa rapina, sed voluntas ad eam directa aggravet homicidium postea secutum *vid. Qu. seq. N.* XXVIII. Quo posito usus torturae pro eruendo animo ejus, qui cedere vi majori debuit, nullus et lubricus est. Aut enim in fuga mediante caede saltum sibi parasse comprobavit, et tortura nullius usus erit, quia sic spem praedae decollasse, adeoque in hunc finem caedem haud perpetratam, per se satis constat; aut ante fugam dum manus cum resistentibus adhuc conserit, alter prosternitur, et intentio spolii perdurat, nec contra facti evidentiam praetextu remissae voluntatis praedeliberatae negari potest.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM XXII. N. 91.

Conatus proximus in latrocinio capitalis.

Impossibile est de *conatu* alicujus criminis rite judicare nisi *natura* hujus antea plene cognita sit, quia conatus semper respectum habet ad criminis intenti indolem. Atqui latrocinium consistit in caede ac rapina *conjunctim* praemeditata, ac consumata. Inde tres casus vulgo ad conatum referunt, quorum *unus* est, si latro, qui rapinam auferre non potuit, resistentem saltem necavit; *alter*, si quidem graviter rapinae caussa vulneravit, sed ob fugam, vel resistentiam vulnerati, spes lucri decollavit; *tertius*, si, quem pro

necato habuit, saltim vulneravit, ast rebus suis exuit, et sic quantum in se erat, factum scelestum consumavit. De *priori*, praecedenti observatione actum. *Alter*, quo neutri intentioni satisfactum, propius huc pertinet, sed a poena latrocinii eximendus, nihilominus tamen ex *alio* capite morte luitur, ut recte Autor *N.* LXXVIII. docet. *Ultimus* denique, si ad punctum exigitur, *ausum* latrocinium constituit, *consumatum* vero, si *juris dispositionem* spectes quae in atrocioribus nil amplius exigit, quam ut reus *quantum in ipso fu it*, ea egerit quae ad plenam consumat ionem sufficere credit, licet casu ea non fuerit secuta. Atque de hac specie non omnibus etiam hodienum eadem haeret sententia. Plures adhuc ex ore Reusneri pendent, poenam que *extraordinariam* regulis justitiae convenientem existimant. Richt. *Vol.*II. *Cons.*XCVIII. *N.* V. Ant. Mathaei *c.l. Lib.*XLVIII. *Tit.* XVIII. *C.* IV. *N.* XIII. et *Tit.* V. *N.* XI. Harprect. *Res.* LXXVI. *N.* XXXIV. XXXVIII. Brunem. *Cons.* CVII. *N.* VII. *ICti Altorfini Vol. Nov. Respons. P. I. Resp.* CLIII. Finckelth. *Obs.* LXXXVI. *N.* XI. seq. provocantes inprimis ad *observantiam Germaniae* constantem, fustigationis supplicium in ejusmodi factis, actui immediatae proximis, non excedentem. Parum ab his recedit Blumz. *ad art.* CLXXVIII. *C. C. C.* qui tunc demum, si poena mortis *speciatim* legibus determinata est, in atrocissimis conatum pro effectu accipit, silentium legum autem circa *praesentis* criminis conatum manifestum esse, contendit. Verum sicuti in atrocioribus *in genere*, ita in specie in *latrocinio* talem conatum, qualem descripsi, cum actuali consumatione pari passu ambulare, cum Autore nostro docet Lynck. *Resp.* CXXVI. *N.* V. traditionemque contrariam. Italis deberi, Germanis vero sine ratione obtrusam esse asserit. Quin potius judici generalem *art.* CLXXVIII. definitionem in verbis *wie der an Leib oder Leben zu straffen* cum Mullero *ad Struv. Ex* XLVIII. *Th.* V. *lit. D. N.* III. sufficere tradit, cui etiam secundum principia supra in assassinio et parricidio proposita, eo magis subscribo, quo certius est, ne quidem *vulneris inspectionem* hic necessariam esse. Carpzovius *P.* II. *Dec.* CXCVII. *N.* XXII, Interim tunc praejudicius vulgaribus satis prospici, persuasus sum si poena rotae hoc nostro casu in poenam *gladii* commutatur, cadavere aliquando rotae imposito aeque ac supra in parricidio, assassinio et veneficio docui. Ita judicarunt JCti Hallenses apud B. Parentem *Tom. II. Cons.* MCLXIX. Ita ipse Autor *Lib.* VI. *Tit.* VI. *Resp.* XC. et *Dec.* CXCVIII. Nam solam fustigationem in tam infausto, hostili, et saluti publicae maxime infenso molimine, substituere velle, insigne exemplum *intempestivae* misericordiae involvere videtur. Facilius a latrocinio recederem, et pro mera *rapina* pronunciarem in illa specie, ubi latro vulneratione, quae non lethiferae, contentus, cum spolio abiit, nec, cum potuisset, alterum trucidavit. Hunc enim voluntatem praemeditatam *mutasse* vel saltim ipso momento rapinae *non* habuisse, palam est, imprimis si armis *non lethiferis* vulnus illatum *Cons. Tubing. IV. Cons.* V. *N.* IX.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXIII. N. 11.

Dignitas, nexus ministerialis conjugalis, aliaeve caussae poenam intendentes.

Nominatim latrocinium commissum in personas eminentioris dignitatis *haben trefflichen. Personen*, ait Carolus *art.* CXXXVII. *C. C. C.* exasperationi submittit Autor: dubium tamen, quonam hac descriptione, quippe quae paulo amplior videtur, comprehendantur. Non crederem omnes, qui *honores* in republica gerunt, aut *nobilitate generis* se commendant, his intermiscendos, esse tum quia difficillimum huic acceptioni certos terminos ponere, tum quia soli natales, imaginesque majorum ex more nostri aevi per se vix ordinis *praerogativam* tribuunt, imo, qui iis corruscant, aliis ignobilioribus sed honores gerentibus cedere, et postponi, praxis quotidiana docet. Quid ergo prohibet, hanc loquutionem ad *summum* honoris gradum, eosque qui *illustres* hodienum proprie audiunt, applicare, veluti *sanctioris Consilii, bellique gubernatores*, aut multo magis *Dignastas, comites*? Addit Carolus *sein eigen Herrn* quae verba, cur ad illos, cui quis peculiari *sacramento* obligatus nonnulli restringant non vero ad *famulitium* trahant haud perspicio. Nam etiam hic nexus, quo arctior inter herum, et eos, easque, qui quaeve servitio ejus se addixerunt, eo magis animum judicis excitare potest ad vindictam non vulgarem sed *singularem* sumendam. Accedit quod huic insit singulare *perfidiae* argumentum, sua natura ita comparatum, ut scelera, quibuscum conjungitur, non possit non adaugere. Taceo *insidias*, tantum non omne latrocinium comitantes, proditionem, et periculosam conditionem, in quam quilibet paterfamilias conjicitur dum se *famulitio* concredere debet, nec ejus machinationes effugere potest, quibus solis rationibus severitas defendi potest. Addit denique: *Eheleute, nahe gesipte Freunde*, in quos per se quodcunque atrox homicidium multo *atrocius* vero committitur, si cum illo *lucri* spoliique intentio concurrit. Sunt et alii casus non quidem verbis, ast ratione *cit. art.* comprehensi ut ecce: si latrocinium in *hospitem* commissum quod atrocius esse, nec ipse Autor diffitetur *Qu. praeced. N.* XXII. *Cons. Tubing.* IV. *Cons.* XXXVIII. *N.* XXXV. Vel a *socio* obambulante, *ibid. Vol.* IV. *Cons.* XLV. *N.* XVII. vel in genere cum *singularibus*, insidiis factum *Vol.* IV. *Cons.* CLXXIII. *N.* XII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXIII. N. 17.

Iteratio poenam latronis exasperat.

Circa *reiterationem* eo minus dubium haeret, quo magis illa per se reatum auget, et quo certius, eidem in parricidio nominatim haec lex scripta *art.* CXXXI. *C. C. C.* ut non

opus sit ad jus *Saxonicum* cum Autore recurrere, ubi lex Carolina, rationisque paritas clara est. Si enim n *parricidio* ob hanc poenam ordinariam julendi oportet, cur non aeque in *latrocinio*, quod, si non majus, haud multo tamen dissimile est? Interim miror Autoris facilitatem in extendenda poenarum exasperatione, quam alioquin plusquam par est horret, proscribit, restringit *Qu.* LXXVI. *N.* XL.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXIII. N. 64.

Exasperatio rotae varia.

Hoc exasperationis genus, quo a calce contusio inchoatur, in legibus non continetur, nec tamen iis refragatur, quin potius moribus *majorum* quibus solemne erat, ordinarie crurifragium ita exequi, respondet, Schateri *Hist. Westph. ad annum* MCCXXVI. Aliquando ob concursum *ferocitatis*, ac inhumanitatis plane singularis, cum hac rotae executione conjungitur *prehensio* per forcipes candentes, quale exemplum refert Berg. *El. crim. suppl. P.* II. *Obs.* XLVII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXIV. N. 26.

Impraegnator stupratam necans ut latro punitur.

In caede ab *impraegnatore* suscepta omnia concurrunt, quae ad conceptum latrocinii pertinent, ut mirer, cur illam ab hoc secreverit, et ad homicidium simplex, paululum *asperius* coërcendum, retulerit Autor. Adest hic animus *directus* necandi, et ex natura intenti finis, et *praemeditata* consultatio, tanquam deperditae voluntatis argumentum; adest *utilitatis* propriae ratio, quae reum unice movet, ut cum, *famae* contra vituperium consulturus, tum onera *alimentationis* poenamque declinaturus, manus feroces stupratae, nihil minus cogitanti, admoveat; adest denique sumtuum parcendorum, et sic *lucri* patrimonialis non tantum, sed etiam *commodi* imaginarii ratio. Ergo verum occurrit latrocinium. Ipse Autor *Qu. antec. N.* LII. id committi defenderat, ab eo qui solius *matrimonii* caussa maritum necat, quae ergo ratio, quod circa impraegnatorem cespitet, cui multo certior spes est consequendi per necem lucri pecuniarii, et sic eo propior ratio, veri latrocinii? Proxime eidem accedere, ipse fatetur *N.* XIX. nec tamen concursum hujus notionis removet, quo non facto, sententia ejus, quod hocce homicidium sit *simplex*, gratis admitti nequit. Equidem pro hoc defendendo in eo occupatur, ut *abactionem partus*, maxime nondum maturi, ob incertitudinem removeat et inde respectu matris occisae simplex homicidium esse *N.* XLIX. concludat. Verum tametsi a spe animantis peremta abstraxeris, non eo magis respectu matris pro simplici habendum, quandoquidem rationes pro latrocinio antea propositae non ex relatione *infantis* extincti, sed *commodi* sperati fluunt, et respectu matris necatae ubique atrocius factum

constituant. Fac itaque, vim partui illatam non attendi, manet tamen caedes lucri commodique caussa praemeditata, quum sufficiente ex ratione quondam scabinos *rota* coërcuisse ex *N.* XXII. constat. Denique ipse Autor *Lib.* VI, *Tit.* IX. *Resp.* XC. si hoc facinus attentatum, et a reo, quantum in ipso fuit, perfectum, sed casu interveniente vere non consumatum, et sic *divina providentia* impeditum, poena gladii coërcendum putat. Quid ergo est, quod anxius haereat in poena ordinaria ob consumationem dictanda? Talem rigorem *latrocinio*, et *qualificato* homicidio convenire, ipse defendit *Qu. praeced. N.* LXIX. contra in solo simplici locum habere, toties quoties *Qu.* III. *N.* LI. negavit, et contra capitale supplicium absolute pugnavit. Uti itaque non sine contradictione asserere licet cum Autore: homicidium *simplex* hic adesse, et tamen conatum proximum *capitali* supplicio subjici: ita vindicato semel latrocinii reatu sententia de impregnatore ob conatum proximum *capitali* poena coërcendo, longe melius cohaeret.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXIV. N. 28.

Caedes purpurati odio privato commissa ad crimen majestatis non pertinet.

Occupavi jam *Qu. antec. N.* VII. quae mea sit de interpretatione verborum *hohe treffliche Personen* sententia, quam eodem modo in homicidio *simplici*, aeque ac antea de *qualificato* ostendi, usum habere existimo. Sola *purpuratorum* principis caedes me detinet, quae variis sententiis ausam dedit. Et si quidem animo *hostili*, ac in patriam *proditorio* committatur, ad unum omnes eam ad crimen *laesae majestatis* relegant. Si vero ex *odio* mere *privato* machinatio scelesta contra illos in actum deducitur, non inepte quaeritur, utrum supplicium *cit. art.* praecsriptum reo immineat? Et imminere, ac solius homicidii simplicis, cum aliqua *exasperatione*, habendam esse rationem, hactenus tantum non omnes defenderunt. Myler *ab Ehrenb. Stratol. P.* 151. Ruez *ad Just. diss.* XXXI. *Pos.* XIV. Titius *jur. priv. Lib.* VIII. *c.* I. §. XIX. Brunnem. *ad l.* 8. *C. de dign. N.* XXII. Wernh. *P.* IX. *Obs.* III. Kress. *ad cit. art.* §. II. *N.* VI. Contra Bocerus cum Autore nostro *Qu.* XLI. *N.* LVII. et novissime Cl. Richter. *in diss. de majest. in person. ministr. ex odio priv. laesa non habita ratione odii privat. fact.* laesae majestatis crimen subesse, et sic dispositionem *cit. art.* cessare, gravioremque vindictam imminere perhibent. Quae mea in hoc sententiarum divortio sit sententia, dudum exposui in *El. jur. crim. S.* II. §. LXXV. a qua nec etiamnum dimoveor. *Animum* enim ac intentionem facere, et distinguere delicta, et JCti fatentur, et recta ratio confirmat, et lex Carolina in singulis criminibus tuetur. Cur ergo non distingueret caedem administri ab homine feroci, quem vel ultionis *privatae*, vel *proditionis* ratio induxit, commissam? Ais, non solum animum, sed et *exitum* spectari. Bene. Sed an

is in nostra specie alius est, quam qualem omne homicidium illustrium personarum conjunctum habet? Neque enim per talem caedem, me hercle! vinculum, quo *respublica* cohaeret, dispendium patitur, nec *hostile* factum in patriam committitur, nec *principis* incolumitati quicquam decedit, adeoque nil occurrit, quod *majestatis laesae* (nisi hanc de injuria vel incomodo accipias) rationem habet, aut exitum producit *saluti publicae* necessario exitiosum, *Duplicem* quilibet *administer* repraesentat personam. *Alteram*, quatenus regit, et gubernat rempublicam in negotiis huc pertinentibus; et haetenus est *pars corporis principis*, ac quicquid, dum his occupatur, ad evertendam, tollendam, turbandam ejus administrationem geritur, ipsum *principem* ac *rempublicam* afficit, ut perinde sit, sive quis contra hunc per defectionem *hostile* quid *directo* moliatur, sive per *indirectum*, tollendo ministrum e medio. *Alteram* personam gerit qua homo *privatis*, illustri ordine ab aliis tantum distinctus, breviter, tanquam persona *illustris*, quae consideratio ubique se exerit, quoties non occupatur circa *negotia*, et media ad conservandam unionem virium et voluntatum necessaria, atque hoc respectu homo, officialisque manet, et sic quae ultionis vel vindictae privatae, et si occasione rigidioris disciplinae, executionisque offici caussa, in ejus vitam quis meditatur, non alius sortis indolisque sunt, quam si in alium natalium splendore vel dignitate summa conspicuum, in quem non nisi odium privatum cadere potest, fuerunt suscepta. Quod si ergo caedes his illata sola homicidii *atrocioris* specie coërcetur, nec vindictam majorem, quam qualem *cit. art.* ejusmodi homicidio praefinivit meretur, salva justitia ad *laesae majestatis* principia exigi non poterit, si quis eandem ex mera protervia ac inimicitia privata, salvo ceteroquin proposito principem civitatisque corpus tuendi, in ministrum meditatur. Sola *majestatis repraesentatio*, quam ne quidem exuere posse administrum, existimat RICTER *cit. loco* §. XII aliud non evincit. Uti enim paulo licentius, ne dicam parum reverenter, asseritur, majestate principis, inseparabili nexu corruscare summum rerum gerendarum administrum, ita *diversitas* personae, quam is gerit, et diversis actionibus in civitate ostendit, nil minus, quam quod omnia ejus facta *majestatica*, et *publica sint*, evincit. Quid enim, si administer *vendendo, locando, mutuando* manifestam fraudem committat, de laesione quaerentem graviter increpet, et abusu potentiae ad vacinianum odium in se provocet? quid si crudelis injustusque in *famulitium*, aliosque operarum locatores debachetur, ut hi vel ex desperatione, vel ultione manus lethales ipsi injiciant? An inquam facta illa cum majestate, principe, vel republica quicquam habent commune? an participem faciunt principem fraudis ac improbitatis? Sine sacrilegio hoc nemo dixerit; ergo nec judex de ultionibus *privatis* aliter judicabit aut eas specie *laesi suprematus* vindicabit. Omnis laesio ex nece et zelo privato facta, in principem redundans solo dispendio personae egregiae absolvitur. Hoc incommodum vero, quum per accidens emergat,

non ex animo hostili proveniat, cur tantopere reatum ejus, cui unice cum persona ministri res est, intendere debeat, ne lynceis quidem oculis perspicere possum. Rectius itaque necem ministrorum sine *proditione* factam, imperatorem verbis citatis comprehendisse, autumo *conf.* *Qu.* XLI. *Obs.* V.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXIV. N. 32.

Caedes heri, et praefecti militaris aggravat poenam. Haec aggravatio etiam ad homicidium simplex pertinet.

Quod ad poenam, ob mortem *domino illatam*, attinet, Autor me habet in eo consentientem, quod appellatio *eigen Herrn* non de quolibet magistro, praeceptore accipienda, nec ad homicidium a *discipulis opificum* in praepositum commisso trahenda sit, licet aliud jus *austriacum* disponat, teste Froelichio *II. Tit.* V. *N.* V. Sunt enim hi vel alumni vel discentes, solo *ordine*, et *reverentia* a praeposito distincti, quae consideratio in ruptura vinculi, quod *natura* inter omnes homines, *qua tales*, constituit, per caedem facta, nil quicquam mutat, ex quo a poena *gladii* recedendum. Sed quoad *herum*, *heramve* fortius vinculum mihi intercedere videtur, ut *Qu. praec. Obs.* I. notavi quod utique aliquem rigorem meretur. Plane inter *milites* qui praefectum necat, ex adstrictissimo vinculo, quod disciplina militaris exigit, duram subit sortem, ut passim ex legibus militaribus notum est, quae tamen non in peculiari quodam mortis genere, quam in eo consistit, ut qui furibundus id tentaverit, ex indole disciplinae ac subordinationis *difficilius* veniam obtineat, sed stricte *globulo ignito* perfodiatur. De aggravatione homicidii simplicis, quam consanguinitatis vel affinitatis vinculum producit jam supra actum *Qu.* VIII. Sed forsan quaestio praejudicialis est, utrum apparatus per *raptationem* ad locum supplicii, *prehensionemque* forcipibus candentibus faciendam ad *simplex* homicidium aeque ac ad *mordrum*, ex qualitate personarum auctum, pertineat? Verba certe *art.* CXXXVII. *und man mag. in fursetzlichen Mord. etc.* tantum de *mordro* concepta, de homicidio simplici contra in hoc puncto altum silentium. Nihilominus tamen exasperatio etiam ad hoc trahitur a Beyero *Posit.* XV. Kressio *cit. loc. N.* VI. quia ratio diversitatis nulla mordri autem, tanquam *extantioris* homicidii, solum mentio facta unde ad excludendum, simplex homicidium, similibus circumstantiis aggravatum, non valet consequentia.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXIV. N. 38.

Caedes in infirmum et dormientem commissa gravior.

Non leve est momentum, quod pro augendo reatu, ejusque supplicio, ab *infirmitate* ejus, qui se defendere nequit, mutuat Autor. Interim

optassem, ut, quod ex hac ratione in nece *infantulorum* justum ac aequum judicat, quoad *aegrotos*, viribusque defectos, non reprobasset, quum ratio *diversitatis* prorsus nulla adsit, fundamentum decisionis autem a jure *Saxonico* petitum juri *communi* normam dare nequeat. Toties, quoties ipse agnovit poenam eo rigorosiorem esse, quo *difficilior* est praecautio mali imminentis. Ita ratiocinatur in insidioso *Qu.* XXII. *N.* XXVI. Cur ergo, si veritas inest ratiocinio, aliter philosophandum de hominibus misere decumbentibus. Nec aliud dicerem de *dormientibus*, quos si spolii caussa occisos constiterit, nil quicquam in usu crurifragii mutandum censet Autor cit. l.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXIV. N. 59.

Crudele mordrum atrocem poenam exigit.

De *Crudeli* mortis genere, et cum ejurata humanitatis specie commisso, hoc accipio, quorsum non tantum casum, quoties furibundus in cadaver iteratis ictibus saevit cum Beyero *ad art.* CXXXVII. *Pos.* XVI. refero, verum in primis, quum exquisitis *cruciatibus* ad lentam mortem subeundam miser trahitur. Sic namque pronunciasse JCtos Hallenses memini in atrocissima caedis executione facta, his rationibus:

Dieweilen Inquisit den Schäfer vorsetzlich mit einen Degen uberfallen, zu Boden geschlagen, ihn 24. Wunden beygebracht, auch raecher gebunden, und lebendig in einen Ameisen-Loch, worinnen er von den Ameisen bey lebendigen Leibe unter unendlichen Schmertzen angefressen und dergestalt getotet worden, geworffen zu haben, eingestanden, der tote Corper auch daselbst halb zerfressen sich gefunden, gleichwohl bey dergleichen grausamen und unmenschlichen That bewehrter Rechtsgelbrten Meynung und den Sinn der peinlichen Gesetze nach nicht zu viel geschiehet, wenn die ordentliche Sroffe de Schwerdts durch etliche Griffe mit glüenden Zangen gescharffet wird;

Nil vero caussae video, cur Autor crudelitatem ex *instrumento*: quo caedes commissa, aestimet, et homicidium *cultro* peractum gravius judicet, quam illud quod *baculo* admoto factum. Nam contrarium patet ex praejudicio quod recitat Idem *P.*IV.*C.* VI. *Def.* II. Textus juris *Saxonici* vero ab eo allegatus de attentato loquitur, nec hodie usu in Saxonia servatur, teste Bergero *El. crim. pag.* 99. nec principiis Autoris, quae de conatu homicidii profert. *Qu.* II. *N.* LIV, respondet.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXV. N. 8.

Caede in turba comissa, autor eruendus. Aliquando omnes socii mox extrarodinariam poenam subeunt.

Haec sententia, quoties de autore nec constat, nec constare potest,

manifesta aequitate se commendat. Nam prostratus non ab omnibus, sed *uno* vulnus lethale inflictum accepit, ergo nec omnes facinus eodem modo luere possunt, etsi animum directum vel indirectum inficiari nequeant, quia alioquin vere *innocentibus* cum nocente capitis supplicium immineret, quo salvis justitiae regulis admitti nequit. Quamdiu ergo per *torturam* verus caedis autor erui potest, quo vis modo conquirendus est. Hunc in finem is in primis sub equuto interrogandus, qui inter plures *magis* gravatus est. Sin in omnes *aequalis* prorsus praesumtio cadit, ii, remissa tortura, mox poenam extraordinariam subeunt, ne alioquin innocentes cum nocente diros cruciatus subeant, quod imminente *omnibus* tortura non posset non fieri. Berg. *El. crim. pag.* 108. par ratio caedis in tenebris, vel furiosa manus consertione secutae, quia in tali *confusione* ipse autor in ignorantia versatur, adeo, ut licet vel maxime alteruter valde gravatus sit, is tali in casu a tormentis liberetur, et paulo *graviorem* poenam extraordinariam, quam caeteri subeat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXV. N. 18.

Homicidium per conspirationem consensum sociorum efficacem, expressum, et ad necem directum requirit. Conventio ad vulnerandum non sufficit.

Ad *conspirationem* peraeque *capitaliter* puniendam solus consensus plurium non sufficit, nisi efficax fuerit, ita, ut I) sine eo factum a socio commissum non fuisset, et II) *directo* ad occidendum declaratus sit. Nam et *mandans* consentit, nec tamen capitis poenam subit, si mandatarius etiam sine eo crimen perficere constituisset, ut supra ostensum *Qu.* IV. Praeterea comites vulgo: *die Secundanten*, in duella subeunda consentiunt, aeque ac in internecionem conventam, nec tamen aliam quam *arbitrariam* subeunt. Maurit. *de duellis.* §. LI. quia magis *defendi* provocantis vel provocati caussa adsunt, quam ut quid *directo* moliantur in necem. Oportet ergo reos I) occisi *adversarios* fuisse, de quo si constat, ne quidem omnium praesentia tempore caedis requiritur, adeoque verba cit. art. *Hulffe und Beystand* civiliter, et de eo quod ut plurimum fit, capienda. Usum hoc imprimis habet in parricidio, vel infanticidio, quoties mater impia vel cum *impregnatore*, vel cum *parentibus* suis quidem conspirat, sed *sola* necem exequitur, quale exemplum exhibet Berger *El. crim. p.* 190. *vid. supra Qu.* IX. *N.* XXXIV. Porro II) *expressum* consensum ordinarie, nonnunquam *tacitum* admitto si *ipso facto* et operis proxeneticis injusto percussori praestitis, declaratus. Non eadem est vis *conniventiae*, quamdiu huic nullum *factum* illicitum accessit. Minus enim est permittere, nec impedire, quod alter exequi aggreditur, adeo, ut ne quidem mater pro conspirante habeatur, qua praesente impraegnator partui impias manus infert. Connivet quidem dum nullum dissensum edit, nec impedire, quantum in ipsa erat tentat, sed *posi-*

tive in *factionem* non consentit, quod longe tetrius, proprie conspirat, *tacitus* consensus vero qui hic obtenditur, non eandem *certitudinem*, ac *improbitatem* conjunctam habet, quae *expresso* propria. Nec movet, quod *funiculum* umbilici non obligans, *capitale* supplicium subeat et tamen aeque *omittenda* tantum peccet. Nam in hac specie mater unice caussam *proximam* mortis constituit, quod ad condemnandam eam sufficit: ibi vero talis est *impraegnator*, non mater adeoque ratio diversitatis satis apparet. Quod si vero cum eo *consultat*, et expresse consentit, caussa caedis *proxima* in *utrumque* cadit, quod cum veram rationem, cur capitale supplicium minatur CAROLUS V. contineat, consequens est, ut utrique poena parricidii ordinaria h. e. *culeus* eodem immineat modo, quo ob simplex homicidium, intercedente conspiratione commissum, omnes gladio vindice pereunt, quod etiam circa *latrocinium* observat Autor *Quaest.* XXII. *N.* XXXI. Hoc amplius consensus expressus ne quidem sufficit nisi III) praecise ad *necem* directus. Id enim mihi involvere videtur appellatio *zu ermorden*, qua Imperator de solo mordro, non quidem *stricte* sumto h. e. homicidio *qualificato*, sed de quocunque, cui cohaeret animus *directus occidendi*, cogitasse, aliamvero quamcunque scelestam factionem, non comprehendisse videtur. Quid enim si plures coadunati de *vulnerando* reo sibi fidem dederint sed aberrante ictu lethale vulnus inflixerint? Adest quidem, si arma lethifera adhibita, animus occidendi *indirectus*, sed deficit *crudele* mordrum adeoque species non secundum periodum *priorem* articuli, sed *alteram* decidenda, ubi autor caedis, si de eo constat, *solus* capite coërcetur si non constat, *omnes* arbitrarium supplicium subeunt. Hoc modo non ita pridem respondit *Ordo Ictorum Viadrinus* in notabili specie his motus rationibus:

Obwohl samtliche 4. Inquisiten *nach dem ihnen die* F. *entdecket, dass der Entleibte sie bestehlen, und Abends durch den Kohlgarten kommen würde, vermöge ihrer geständnis* ad art. inq. 8. *sich vereiniget ihm mit stockern aufzupassen und zu zeichnen, welches sie auch dergestalt ins Werck gerichtet, dass sie theils mit. grossen Weidenstöcken, theils mit Mistgabeln versehen, nachher sich heimlich verstecket, und als er sich sehen lassen, auf einmal auf ihrem Behaltnis hervorgesprungen*, conjunctis viribus *ihn zu Boden geschlagen, dabey es haber noch nicht bewenden lassen, sondern als er sich ermannet, und zu lauffen angefangen, unter andern* laesionibus *einen Schlag, woran er in Graben gestürtzet beygebracht, im übrigen bey diesem* facto *nicht allein der nach Beschaffenheit der geführten gefahrlichen Stöcke zu schliessende* animus saltim indirectus *nebst der von den* Medicis *behaupteten* Lethalitaet *der in den Nacken zugefugten Wunden, sondern auch eine solche* Conspiratio *vorhanden, dast dem Ansehn nach vermoge des.* art. CXLVIII. C. C. C. *allesamt mit der Todes-Straffe zu belegen, D. A. D. so gewis das* factum *an sich ist,*

so wenig diejenigen jura, *so im besagten* Articul *von denen Todtschlagern, so mit vereinigten Muth jemand erschlagen und ermorden, auf sie* applicirt *werden können, wohlerwogen hieselbst lediglich von einen abgeredeten Mord gehandelt wird, dergleichen denen* Inquisiten *nicht beygefallen, noch von ihnen ver abredet worden, sondern ihre Absicht, ihn als einen Dieb nur auszuprügeln gewesen, bey welcher Ausubung ihnen ein Schlag mislungen, und also dieser Vorfall zu dem* Casu homicidii indirecti *gehöret, bey einen solchen aber, wo der eigentliche Thäter nicht herauszubringen, allesamt mit einer ausserordentlichen Straffe zu belegen sind; gleichwohl wer der qu. gefahrliche Schlag beygebracht, weil alle zugleich zugeschlagen, und es dunckle Nacht gewesen, unmoglich zu ergründen stehet, folglich der Gebrauch der Marter keine* Application *findet etc.* Denique societatis poenam merito temperat qualitas offensionis, quae si tanta est, ut in singulari certamine reo prosit, merito hic quoque attendenda, quorsum justum *dolorem* refero, quo plures lacessiti, ad placandam iracundiam, voluntatem uniunt, et destinato consilio quasi inimicum debachantur, ut recte docet Kress. *ad art.* CXLVIII. §. III.

OBSERVATI III.

AD

QUAESTIONEM XXV. N. 23.

Caedes in turba repentina solum autorem ad mortem condemnat.

Pertinet hic casus ad homicidium animo *indirecto* commissum quoties quis 1) in rixa subito inter socios emergente, vel 2) alia improvisa extranei offensione praecedente, vulgo t *Rencontre* necatur. Quo jure ergo sub his similibusque circumstantiis reus, si solus concertat, causa *proxima* caedis est, ultimumque supplicium subire potest, eodem minorem vindictam verus ex pluribus sociis caedis autor, in casu praecedentis turbae, non obtinebit. Licet enim in rixa pleraque *casu*, pauca consilio gerantur, est tamen is casus ex eorum numero, qui facile praevideri possunt, et usus armorum lethiferorum, cum occupatione concertationis, tanquam re per se illicita, et periculosa, rationem sufficientem *dolosi*, et *capitalis* homicidii constituit. Neque aliter 3) dicerem, si plures compactum de laedendo iniverint, unius *cogniti* autem manu quis perierit; nam et hic, ut *obs. praec.* docui, solius indirectus animus occidendi non obstante temeraria societate, adest, adeoque autorem caedis unice poena mortis sequetur. Contra, quae homicidio in genere prosunt, sive ob justi *doloris* allegationem, gravem *irritationem*, defectum *lethalitatis vulneris*, ea non minus autori hic profutura sunt. Reliquis turbae sociis arbitraria immi-

net, prouti vel multum vel parum ferociam vel audaciam criminando, irruendo, pungendo manifestaverint. Hoc enim est, quod *ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari jussit* PAULUS *l. fin ad l. Corn. de sicar.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXV. N. 32.

Quidsi ex pluribus lethaliter vulnerantibus de primo vulneratore constet, vel non?

VERBA Carolinae, quae praesentem casum complectuntur plana sunt, nec interprete indigent. Omne autem dubium, ob quod invicem digladiantur interpretes ex supposita in textu *incertitudine* veri autoris petendum cui omnino non convenit praesens decisio. Ipse Autor sibi hoc dubium *N.* XXVI. movit, sed nec removit, nec removere potest, quandoquidem certitudo personarum, vulnus lethale infligentium, incertitudinem, *primi* vulnerantis, qui sola, et vera causa mortis est, non tollit, nec ut propter judicis in facto ignorantiam; reliquis, qui *sine effectu* lethaliter vulnerarunt, cum primo vulneratore supplicii similitudo praeparetur, aequitas patitur, ceu recte observat BEYER *ad hunc. art. Pos.* XXIV. eaque ex ratione potius in dubio omnes ad *extraordinariam* poenam condemnat. conf. AErod. *Rer. judicat. Lib.* VIII. *Cap.* XXVI. RICHT. *Vol.* II. *Cons.* CII. Neque aliud relatio *medicorum* de lethalitate, ad quam confugit Autor noster, evincit, quum haec sola ad inferendum homicidium non sufficiat, nisi etiam constet, mortem *necessario* ex eo secutam esse, quod hic ob multitudinem vulnerum lethalium, sed incertitudinem *primo loco* inflictorum, fieri nequit HEILS *de proc. inq. C.* VI. §. XXVIII. Et licet *singula* vulnera sint *lethalia*, fieri tamen nequit, ut ex eorum singulis homo, qui *semel* saltim perire potest, mortuus sit: Ne dicam, primo juris principio, secundum quod in dubio cavendum, ne innocentes cum nocente perimantur, per praesentem legis decisionem, manifestam vim fieri. Nihilominus tamen secundum literam pronunciant BERG. *El. crim. p.* 108. FROELICH. *P.* II. *pag.* 18. STRYCK. *V. M. Tit. ad l. Corn. de sic.* §. VII. Equidem textui suppetias adferre videtur VIGELIUS *ad Const. Crim. Carol. Cap.* VII. dum verba de homicidio *praevia deliberatione* et *conspiratione*, sed ab incerto autore commisso, explicat, verum repugnante articulo, qui in *principio* de caede ex compacto suscepta egit, eique *praesentem* casum contra distinxit, adeoque ex natura oppositorum alium comprehendere debuit. Praetera conspirantes ad unum *omnes* ad mortem damnat, nullo *vulnerum* habito respectu, quorum tamen in praesentibus verbis curam habere CAROLUM, palam est, certo indicio, eum de conspirantibus non loquutum esse. Facilius limitationem ZIERIZII, cui CLASSEN et KRESS. assentit, admitterem, textumque de casu, ubi omnes absque compacto quidem, sed tamen directo animo *iteratis ictibus*, et peculiari quadam *saevitia* in miserum debachantur,

explicarem, quando quidem rixa repentina, caedesque antea non deliberata, et tamen animo *directo* paulo crudelius commissa esse potest, quae circumstantia rigorem praesentem quodammodo excusare videtur. Hactenus de casu, ubi prior a posteriore vulnerante non adeo discerni potest. Quid vero si *primo* loco Titium lethaliter vulnerasse, *post* Cajum misere jam vulneratum, plane occidisse constet? Num priori aut posteriori capitis poena imminet? Non repetam dissensum JCtorum Pauli nimirum in *L.* II. §. 3. *l.* 15. §. 1. et Juliani *in l.* 51. *ad l. aquil.* circa legis *Aquiliae* interpretationem in tali specie emergentem, qui nullo modo conciliari potest Schoepfer. *de haemorrhag. vuln. C.* II. *N.* XCVII. Math. *de crim. p.* 497. nec ideo fundamentum decisionis subministrat. Ex mente tamen *Carolinae* contra *priorem* vulnerantem pronunciarem, argumento *a contrario* ducto, quia conditio, ob quam *uni* poenam capitalem tantum eo casu, quo prior et posterior vulneratio distingui nequit, dictare legislator dubitat, hic cessat quin potius de eo qui mortifere percussit, adeoque in effectu *vera* causa caedis est, constat, *subsequens* ictus vero mortem tantum acceleravit, non proprie produxit. *Diss.* Schoepfer. *c. l.* Suppono tamen inter colluctationes ac clamores *furiosos* vulnera ista *successiva* illata esse, ita ut posterior percussor prioris vulneris *conscius* non fuerit et infuerit, ac in miserum ac prostratum, fereque exanimem debachetur, *latroni* non multo dissimilis est, cum primo vulnerante aequali jure capite puniendus, eodem modo acis, qui inermem, ac resistere non valentem, trucidavit. *conf. Qu.* XXIV. *Obs.* III.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXV. N. 36.

Ex pluribus sociis magis gravati torquendi. Aliquando omnes mox extra ordinem coërcendi.

Arbitrium judicis, ad quod legislator in hoc casu nos remittit vel *torturam* concernit vel *poenam extraordinariam.* Ad illam regulariter recurrendum contra eos, qui ex pluribus *magis* gravati, ita ut, si unus gravatur, ille solus sub fidiculis examinandus sit, sin plures *aequaliter*, omnes hi cruciatus subeant. Qua in re iis non prodest, quod scientia facti *alieni* nemini imputari possit, quia quilibet primario super facto *proprio* interrogatur, et sibi imputare debet, quod cruciatus causaverit *art.* LXI. *C. C. C.* ibi: *denn man soll sich. etc.* Circa *indicia* hoc solum moneo, non sufficere *generalia*, quorum alias si de *uno* reo quaestio est, ratio habetur, sed *specialia* ex ipso facto desumta, requiri, adeoque non sufficere alterutrum esse rixosum, malae famae, fugitivum, inimicum, quum vulnus in tumultu et confusione ab eo, in quem haec non cadunt; quique bonis moribus praeditus, sed praesenti rixae interfuit, aeque illatum esse possit. Potius requiritur tale argumentum, quod *praesenti* vulnerationi est tantum *proprium* quia ex hoc demum incertitudo praesentis autoris inter socios simul armatos lucem foenera-

tur, quorsum inprimis *convenientiam* alterutrius teli cum vulnere refero. Ad poenam vero refugium patet, si vel in tenebris, vel interdiu quidem, sed collisis armis percussio lethifera, cujus nemo, nedum ipse autor certam notitiam verisimiliter habuit, illata. Classen. et Bluml. *ad h. art.*

OBSERVATIO I. AD QUAESTIONEM XXVI. N. 18.

Vulnerato mox diem absolvente, inspectio ad poenam capitalem imponendam non absolute necessaria. Alii casus, in quibus necessitas inspectionis exulat.

Pertinet itaque *ocularis* cadaveris *inspectio* omnino ad *regulam*, adeo, ut sine illa ob incertitudinem corporis delicti vix de poena ordinaria quid statui possit. Neque interest animo occidendi indirecto, an directo mors procurata, quum neuter casus sine exitu, cui inspectio inservit, effectus civiles producat, et *art.* CXLVII. *C. C. C.* de *quovis* doloso homicidio agat. In *Duellis* itaque in necem alterius susceptis idem erit dicendum, nisi ex legibus provincialibus illa *per se*, etiam absque nece sequuta, reprobata, et nihilominus poena capitalis retenta. Sunt tamen utique casus, in quibus inspectionis *nullus* prorsus usus, vel saltim ejus *omisso* poenae capitali in homicidio non officit.

Prior incidit in homicidii dolosi famosam speciem, qua vulneratus *mox* immediate decedit, tum, quia sic *exitus* ipso facto *verificatur*, nec artificiali inspectione opus est, ubi *sensualis* quemcunque satis obfirmat, tum quia imperator in *art.* CXLVIII. *C. C. C.* manifeste tantum de tali casu, ubi *dubium* rationabile occurrere potest, agit, quale demum ex *temporis interstitio*, post quod vulneratus occubuit, petendum. Ita recte judicant Bluml. Beyer. Kress. *ad art.* CXLVII. *C.C.C.* Berg. *El. jurisprudent. crim. p.* 168. Brunnem. *de proc. inq. c. VII. N.* XX. Feltmann. *de inspectione cadaveris C. VI. th.* VIII. Textor *de corpore delict.* §. XLVI. Bodin. *de non requir. lethal. vuln.* Wernh. *de cerebr. concept. corp. del* §. XXXI. Ab his non pauci divortium faciunt, qui dum stricte cadaveris *sectionem* ad eruendum *corpus delicti* requirunt, faciles sunt in audiendis defensoribus ad misericordiam contra poenam capitalem ex ejus defectu provocantibus, quorum familiam ducit Scoepf. *de haemorrag. vuln. C.* II. *N.* XXXII. *seq.* Vis argumenti, quo hi stipatos se gloriantur, cum in taxa ac indeterminata loqutione, *über etliche Zeit*, tum in eo quaerunt, quod causa mortis percussione non obstante, alia esse, et vel in vitio *interno* latere, vel per *accidentia*, veluti per illisionem capitis, lapsumque noxium causari possit. Circa priorem allegationem non quidem repugno, vim concludendi tamen desidero. Si vera est, in morte *repentina* vix usum habebit, sed tantum in *dilata*, et sic mere *particularis* erit. Verum ne in dilata quidem ea admittenda, dummodo meminerimus imperatorem de tali interstitio loqui ex quo *rationabile* et non e longinquo accessitum *dubium* peti potest,

adeoque verba *über etliche Zeit*, quae se referunt ad sequentia, *dass gezweiffelt würde* ex his interpretationem capere. Lis plerumque, si post *unius horae*, vel paucarum spatium, vulneratus spiritum emittit, emergere solet non si *postridie*, vel post *longius* tempus, hoc contigerit, quia tum semper juste dubitatur de causa proxima. STRUVIUS *obs. crim.* II. verba de spatio *aliquot dierum* accipit, quod positive ac pro regula admittere non ausim, certo persuasus, alios citius, alios tardius per vulnus lethale consumi. Etsi vero spatium temporis, quod rationabile dubium non complectitur, ad *punctum* determinari nequeat, non deerunt tamen judici ex *facto* judicanti, signa quae, si paulo post mors sequitur, eum in alterutram partem trahunt. Quid enim si terram *planam* lapsabundus petat, sibique non conscius, sine loquela per aliquot horas resupinus jaceat? Quid si cum mortis angore aliquantulum luctatus fuerit? an *verisimile* dubium de lethalitate moveri posset? Aliud si *post* vulnerationem *sibi conscius*, cum aliis loquutus sit, sed intra sex vel pauciores horas spiritum emiserit? Ubi facilius plura symtomata emergere possunt, quae rationabile dubium movent, et ideo reo sese defendenti, utique prodesse queunt. Qua in re tamen in genere ad *existentiam* alicujus caussae confugisse non sufficit, sed quandam specialiter *demonstrasse* oportet, ne alioquin in potestate defensorum sit, praetextu vagae, generalis ac fictae allegationis. *Es müsse dem blessirten ohnfehlbar etwas neuerlich zugestossen seyn* poenae promeritae clientes subducendi. Posterius momentum pari passu ambulat. Nam utut laesionis *internae* possibilitatem non negaverim, ratio tamen inde petita nimis remota est, nec ullam speciem habet, quoties *vivente* eo, qui jam occisus, nulla conjectura *occulti* vitii adfuit. Sed ponamus, adfuisse, an eo magis talem, quem brevi tempore moriturum novimus perfodere licet? Mihi hoc *verum* homicidium videtur, utut non diu alter victurus fuisset, non secus acsi in hominem *senilem* viribusque jam defectum, commissum, pro tali utique habendum. Quod porro, ajunt, fieri posse, ut mortuus *lapsi praecipiti* gravem contusionem in capite sibi contraxerit, non obstat. Aut enim ejus *speciale*, ac proximum indicium adest, veluti, si cucuma percussus caput illiderit extremitatibus *aculeatis* mox ex animis factus, aut ejusmodi *sensualis* circumstantia deest, nec ulla verisimilis conjectura lapsui cohaeret. *Priori* casu rationabile utique dubium, ob quod inspectio negligi haud potuit, occurrit: *Posteriori* nec quicquam. Unde non moror allegationem *possibilitatis* generalem, quamdiu de *speciali* ut ante dixi nulla causa prostat, quae *rationabile* dubium fundare posset. Hoc amplius, nec *qualitas* instrumenti, quae laesio illata, dubitandi rationem semper tuto subministrare potest. Interim res *distinctione* indiget. Si enim *non lethiferum* fuerit, adeoque per illud mors praesumptive non causata, reo, neglecta inspectio utique proderit, quia homicidium ad summum mere *culposum* est, in quo absolute inspectio desideratur. Contra si *lethiferum*, et sic ad dolum arguendum aptum fuerit, dubium quod judicem

in praesenti specie, ex *possibilitate* intercedentis casus fortuiti turbat mere *imaginarium* est. In summa cogitandum corpus delicti sola *morali*, non *mathematica* certitudine absolvi, nec alio respectu inspectionem cadaveris processui criminali inservire, adesse autem talem certitudinem, quoties de effectu vulnerationis sensuali tantisper donec conjectura *contraria* specialis emergat, constat. Saltim fructus, quem dissentientes ex rigida ista cadaveris sectione sibi pollicentur, in obscuro est, et ipsa veritas magis per eam implicatur, quam explicatur. Ipsa enim doctrina de vulnerum *lethalitate* infinitis litibus obnoxia est, eademque plerumque post inspectionem incertitudo perdurat, quae antea fuerat, ut *obs. seq.* docebo.

Altera species, in qua exulare potest inspectio, nec defectus ejus in quaestione de capitali supplicio nocet, est, si non facto *judicis*, sed ipsius *rei* ea impedita, veluti si is caesum, clam terrae mandavit, vel in flumen, puteum projecit, idque tali confessione corroboravit, quae *indiciis* huc vergentibus respondet, et sic *certitudinem* delicti *moralem* comprehendit. Tunc enim homicidium in delictum *occultum* degenerat, in quo, *praesumtivum corpus delicti* judici repraesentari, sufficit, ceu concedunt iidem, qui in priori specie contrarium defendunt Schoepf. *cit. loc. N.* XL. In *parricidio* tam occulte consumato poenam ordinariam locum habere, supra *Qu.* XVI. *N.* XIV. ostensum. Quid ni ergo in homicidio *simplici* idem obtineat, quum ratio diversitatis solida ostendi nequeat. Unde non audiendi defensores, si hac circumstantia emergente, ad sacram inspectionis anchoram recuerunt.

Tertia species ad *omnia* homicidia atrociora et qualificata pertinet. Circa *infanticidium* consentit Carpzovius *c. l.* Idem in crimine *latrocinii* admittit *Part.* II. *dec.* CXCVII. *N.* XXII. Nec aliud in *assassinio et proditorio* obtinere in *El. jur. crim. Sect.* II. §. CCXXVII. docui. In solo *veneficio* diversum obtinet, cujus ratio *pecu*l*iaris* postulat, ut examinetur num venenum *propinatum*, ac *noxium* fuerit, quod sensuali perceptione haud verificatur, sed *artis peritiam* absolute supponit. Reliquae species qualificati homicidii *percussione* lethifera ex oneratione *sclopeti*, alioque facto in *sensus* incurrente fiunt, de quibus si ex idoneis argumentis constat, nihil est, quod *ultimum* supplicium remorari posset, maxime, quia in his solus *conatus* pro *effectu* habetur, per ea, quae *Qu.* XII. *obs.* VII. disputavi.

Quarta denique species in quocunque *casuali*, ac *necessario* imo et *culposo* cernitur. De *illis* res clara, si quidem poenam, et imputationem prorsus non connexam habent, cujus causa unice recurrimus ad *vulneris certitudinem*. Sed idem in *posteriori* obtinebit ob exulantem prorsus hic poenam *capitalem* ad quam unice restricta inspectio, arbitraria vero, quantacunque demum fuerit, ex solo *inconsulto* facto, non ex *vulnere* aestimatur, Polycarp. Leyser *de frust. cadav. inspect.* §. XVI. Et licet praxis eam etiam in hoc probet, id tamen magis *cautelae* quam *necessitatis* causa, et ob dubiam doli vel culpae quae in exor-

dio inquisitionis occurrit, cognitionem fit. Saltim ejus *omissio* nil relevat, si postea de sola *culpa* constiterit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXVI. N. 22.

Notio vulneris per se et per accidens lethalis. Communis doctrina examinatur.

CIRCA quaestionem *de lethalitate vulnerum* infinitae sunt lites medicorum, et JCtorum, eruntque in posterum, ut varia eorum scripta docent. Ex illis ad STAHLIUM *de vulnerum lethalitate* et HOFFMANNUM *de laes. extern.* provocasse satis erit. Inter hos celebris est KRESSIUS *ad art.* CXLVII *C. C. C.* et SCOEPFER *cit. l. art.* II. *N.* II. *seq.* Quaedam in hanc rem quoque afferunt BARTH. *Hodog. forens. C.* VI. *p.* 990. et GRANZ *de defens. reor. p.* 77. Quaeritur nimirum, quaenam vulnera sint lethalia *per se*, et quae *per accidens* talia? Vulgo *illuc* referunt, quae *semper*, *omnibusque*, cujuscunque aetatis, roboris fuerint lethum adferunt, veluti si venae, vel arteriae ruptae in tali loco, ad quem manus medici pertingere nequit; *huc* vero, quae *nonnunquam* sauciata fuisse, per experientiam constat. Neque negare possum, praejudicium illud tam altas radices egisse, ut instar oraculi in foro servetur, defensores, que *suo* quasi *jure* absolutionem clientis urgeant, quoties casum similis, sed non mortiferae laesionis ex medicorum scriptis in medium proferre possunt. Sed non diffiteor, mihi hanc doctrinam semper suspectam visam fuisse, maxime ex quo STAHLII dissertationem legissem et JCtorum nonnullorum dicam, huic sententiae scriptam, ponderassem. Palam est, nullam magis, quam hanc ipsam doctrinam, *applicationem* jurium dubiam, ac ancipitem reddere, nullumque fortius praesidium ad *effugiendam* poenam promeritam quam per eandem, homicidis indulgeri, ut vel sola haec consideratio moneat *cautam imitationem*, ne incertis procellis navigemus, quantacunque *aequitatis* specie illa sese commendet LEYS. *Sp.* DXCVIII. *Med.* VIII. Sic namque *perpaucae* laesiones mortiferae erunt, et tantum illae, quae vasa sanguifera, vel viscera interna afficiunt; ob alia quaecunque vero, quasi ex tripode absolutio paranda erit ei, cujus ictu alter periit. Ad haec dantur vulnera *cerebri* et *abdominis* enormia, sed curata, adeo, ut cultrum ex ventriculo aliquando extractum narret SCHOEPFER. *c. l. N.* IX. Dantur quoque ob bonitatem *naturae*, ejusque robur sanata, sed in corpore *infirmo, senili*, cujus succi in *putredinem* proni, curam prorsus non, vel non nisi *miraculoso* modo admittentia. Quis vero ex eo, quod non nisi *rarissime* contingit regulam construeret, et ea vulnera *per accidens* lethalia assereret? Quod enim de LL. dicitur, eos ferri de casibus ut plurimum contingentibus *l.* 3. *de LL.* idem quoque hic attendendum, nec immorandum iis, quae aliquando, nec secundum regulas artis contingunt. Fac, vulnus *aliquando* sanatum fuisse, id me hercle! non qualitati vulneris, sed *peculiari* prorsus naturae, et robo-

ri tribuendum, adeoque axioma *generale* inde haud fabricandum. Ipsi medici id ratiocinium horrent, quoties de dispensatione medicamentorum solliciti sunt, persuasi quippe, non omne quod his aegrotanti profuit, aliis simili morbo laborantibus profuturum. Cur ergo diversum statuunt, in discernendis vulneribus lethalibus? Tum dantur vulnera *in se* curabilia, nisi *loci* angustia obstaret, et tametsi locus pro applicandis remediis sat aptus fuerit, ipsa applicatio tamen cum majore *periculo* vitae connexa est, dum suffocatio a compressione, sine qua consolidatio obtineri nequit, imminet. Ea vero e numero lethalium relegare reumque, qui ista intulit, ob neglecta vel omissa ista remedia dimittere velle, nullam, ne quidem veri speciem habet. Deinde ratio circumstantiarum *loci*, et *temporis* saepe determinat, et *lethifera* efficit, quae alia temporis vel loci conditione interveniente, lethum non attulissent. Saepe contingit in duellis, procul a civitate susceptis, vulnus Inferri, venasque lacerari quibus in civitate, admoto mox chirurgo succurri potuisset, sed in praesenti ob *haemorrhagiam* praecipitem, moram haud admittentem, non potuit, consequenter ex necessitate *hypotethica* mors inde sequuta vulneri cohaesit. Haec et similia *per accidens* lethalia pronunciare, perinde mihi videtur, ac si quis praecipitationem ex altissimis aedium partibus susceptam *ex accidente* lethum attulisse urgeret, ideo quod aliquando lapsu *felici*, opeve lecti vel straminis aliquem servatum fuisse constat. Talia enim, quae mero *casu* cum facto connectuntur, quorsum etiam fortuitam praesentiam medici in loco alias solitario refero, eidem non nisi *per accidens* cohaerere solent, nec ullam rationem suggerunt in simili, quod in praesenti *hypothetice* non potuit non alium exitum habere, quia casualibus istis circumstantiis destituitur. Quid? quod *temporis* conditio saepe curationi prorsus impedimento sit, quoad vulnus, cui alio tempore facile succurri potuisset. Tale quid in facto contigisse scio ubi gravis, per se tamen non noxia contusio durantibus diebus *canicularibus* rustico illata, quae referentibus medicis pro ratione temporis ob *calorem urentem* partes solidas mox afficientem *incurabilis* reunciabatur. Provocabat defensor ad qualitatem vulneris in *abstracto*, et vulgari doctrina de lethalitate se satis munitum credebat: sed rejectis hisce allegationibus *gladio* vindice facinus expiandum censuerunt JCti Hallenses quasi ex vulnere in *hypothesi* absolute lethali. Haec inquam et similia incommoda quae vulgo circumfertur, doctrinam turbant. Quanto rectius ii ratiocinantur, qui de lethalitate unice ex *individuo*, quod laesum esse constat, judicant, illudque vulnus demum lethiferum esse pronunciant, quod vulnerato pro *sua* corporis, aetatisque ratione non potuit non mortem conciliare, licet *robustioribus* non aeque noxium sit: B. Parens *T.* II. *Cons.* MCLXIV. *N.* VI. Contra *per accidens* lethale, cui succurri potuisset, nisi *desidia* vulnerati, vel *aliorum* vel *medici* in obligatione cunctantis adfuisset. Sic enim omnia plana, habetque haec sententia id praecipuum, ut nihil omnino in applicatione suggerat,

quod interrumpere, suspendere vel dubiam reddere posset judicis pronunciationem, uti quidem fit, si ex ore practicorum *vulgarium* quis pendere satagit, ubi dubiorum nec finis nec modus est. Non enim in casu homicidii commissi quaeritur, an homo *in genere* ex tali vulnere perire soleat nec ne? sed an *Cajus* ex facto percussoris praesenti immediate perierit et sic an in *Cajum* verum homicidium commissum? quod asserendum utique, si is ex vulnere pro sua corporis, et praesentis loci temporisque conditione salvus evadere non potuit. Unde a *subjecto* nunquam abstrahendum, aut ab uno homine ad alium arguendum, sed *relativa* ac *subjectiva* lethalitate substituendum. Quod si verum est, ex rationis paritate reliqua, quae factum praesens *circumstant*, aeque ac probe ponderanda, et utrum pro praesentibus *loci*, ac *temporis* conditione auxiliatrices manus laeso cum effectu porrigi potuerunt, vel non examinandum. Posteriori enim, non priori casu *respectiva* lethalitas adest, quae, ut antea dixi sufficere debet ad poenam promeritam subeundam. Sic namque, qui in loco ab hominum consortio remoto, ac solitario, vel in quo nemo praesens est, qui succurrere potuisset, ex *haemorrhagia* moritur, ex vulnere periisse mihi videtur, quia pro *praesenti* conditione mors inevitabilis fuit, quod ad inferendam causam proximam sufficit. Atque hoc modo per se concidunt haricitationes variae, dum nonnulli perhibent *trepanatione*, vel alio *simili* remedio vulneratum servari potuisse, si medicus, isque in hocce artificio peritus, in loco adfuisset. Nam satis est *defuisse*, et mortuum ob *loci* conditionem *immediate* ex vulnere periisse, consequenter *mortem*, et *vulnerationem* perinde esse, ac *causam*, et *effectum*. Aliud omnino dicendum, si copia chyrurgi adfuit, is autem vel sua *oscitantia* vulnus aut plane non, aut non recte obligavit, vel curam *negligenter* tractavit, vel alii medicum arcessere *neglexerunt* vel ipse vulneratus ex malo *regimine* decessit, quibus casibus modo in *medico*, modo in *sociis*, modo in ipso *vulnerato* non in *vulnere* causa proxima mortis quaerenda, et sic sola ac vera notio vulneris *per accidens* lethalis concurrit. Atque his rationibus moti JCti Kallensens in duobus casibus in poena *relegationis* substiterunt, in quorum *altero* Medicus accersitus venerat, vulnus inspexerat, sed emplastro destitutus, ad tale antea conficiendum domum redierat, et inter moras causatas erat ut ex *haemorrhagia*, quae sisti ab initio mediante obligatione facile potuisset, si chirurgus emplastrum in promtu habuisset, vulneratus decederet: contra in altero circumstantes advocatione chirurgi intermissa, superstitiose obsecundaverant vulnerato, qui solus artibus *magicis*, adhibito circulo et *caracteribus*, fluxum sanguinis se cohibere posse, sibi persuadebat, et inter recitationem carminum vitam cum morte commutabat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXVI. N. 54.

Necessitas sectionis impugnata defenditur. Iure divino ac romano ignota. Sensus l. f. ad l. Corn. de sic. Prima semina sectionis in jure canonico. Ratio inspiciendi cadaveris ex jure germanico. Numerus, juramentum, qualitas sectorum. Competentia judicis. Scabinorum concursus. Fides et officium actuarii. Praesentia rei num desideretur? Utilitas praesentis judicii. Sectio a solo medico peracta defenditur. Rationes Bergeri. Novae rationes. Dubiis occurritur.

Conscripsit quondam *de frustranea* *cadaveris inspectione* dissertationem Polycarpus Leyser, in qua perpolienda totus in eo fuit, ut *omnem* omnino e foris *profligaret* non modo, verum extra *fidem* collocaret *cadaveris occisi inspectionem* impugnatis, quae hic ab Autore proponuntur, argumentis. Satis ingeniose quidem thema hoc proposuit; et tanta argumentorum specie composuit, ut incautum lectorem in suas partes trahere facile possit, sed si *accuratiori* examini subjicitur, qua incessit, rationandi methodus, parum aut nihil, proficit. Huc autem fere redit argumentorum vis. Omnem reatum ac rationem puniendi non in *effectu* quaeri debere, sed in *affectu*, consequenter, quo jure poena merito decerni potest contra non occidentem, sed *doli* convictum, absque vulnerati inspectione *l. 14. ad C. Corn. de sicar.* eodem in vere *consummato* homicidio ipsam inspectionem esse *fustraneam*. Tum, facilius longe de *intentione* vulnerantis ex variis circumstantiis judicari posse, quam de *lethalitate vulnerum: dubiam* ac multis *difficultatibus* implicatam esse doctrinam de *lethalitate vulnerum*, consequenter judicem per ipsam inspectionem non fieri *certiorem* de veritate ejus, quod indagare cupit, maxime postquam doctrina de diebus *criticis* jamdudum profligata, omni exceptione major autem, fatentibus famigeratissimis medicis, hactenus non inventa. Ad haec, distinguendas esse circumstantias delicti *juridicas*, ac *physicas*, illas judici de poena statuenti sufficere, has prorsus non prodesse, quum non tam de *facto* simpliciter, quam de *moralitate* facti apud eum quaeratur. Porro, excusari occisores *involuntarios* ob defectum voluntatis, quantumvis vulnus *absolute* lethale fuerit: ergo *voluntarie* interficientes poenam legalem luere, lethalitate etiam non manifestata. Denique, periculum esse, ut temerarii aggressores, qui fortuna favente vulnus *non lethale* infligunt, *impuniti* maneant, adeoque non ex *proposito*, sed *eventu* judicentur. Tandem, sanctionem Carolinam esse *erroneam*, *novam*, ac per plures seculorum decades *ignoratam*, ad summam, talem normam, quae simplicem *commendat* inspectionem vulnerum, perperam postea pro *sectione* acceptam. His inquam similibusque argumentis sectioni cadaverum quasi bellum indixit, eamque *nullius usus* esse in foro criminali existimavit, cui adstipulatur Bodinus

in Dissert. de non requirend. lethal. vulner.

Verum enim vero, uti hoc facile largior, philosophis et theologis *omnia scelera etiam ante effectum operis perfecta esse*, ut verbis utar Senecae in libello, quo docuit in *sapientem injuriam non cadere, cap.* VII. ita ex adverso JCtis hic proprium est, ut, quia *cogitationis* poenam nemo patitur *l.* 18. *de poen.* dolum pro *effectu* non accipiant, sed cum actum *externum* in genere, tum in specie ejus facinoris, de cujus poena jam quaeritur, *exitum* requirant. Qua in re, quum salutem *externam* civitatis unice pro scopo habeant judices, officio suo, quod non tam in *emendatione* sola mentis, quam *pace externa* conservanda consistit, abunde fatisfaciunt. Et licet, Modestinus *in supra cit. l.* 14. abscisse contrarium sentire videatur, jam dudum tamen docuit ampliss. van. Bynckershoek. *L.* III. *obs. cap.* X. JCtum eo, quod de *maleficio* loquitur, non de omni, sed eo solo agere, quod per *eminentiam* tale est, et in lege *Cornelia* comprehenditur. Nam ista lege speciatim *dolus* damnatur pro effectu, et non tantum illi pro sicariis habentur, qui occidendi causa cum telo *ambulaverant*, verum etiam *venefici* dicti, ac puniti, qui hominis necandi causa *confecerant*, *dederunt*, *habuerunt*, *vendiderant* venenum *l.* I. *pr.* §. 2. *l.* 3. *pr. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Paulus *lib.* II. *tit.* 23. §. I. Dico speciali jure id olim statutum fuisse, a Cornelio Sulla temporibus illis turbulentis, mediisque in bellis, quibus tum opprimebatur respublica, civilibus. Quo posito male id ad *quaevis* scelera extenditur, male apud nos quibusvis *homicidii* speciebus applicatur, pessime vero pro principio adoptatur, ex quo inferre licet, verum homicidium in sensu *juridico* solo *animo* occidendi absoluti, caedem *actualem* ac veram haud desiderari, denique inspectionem vulneris, mutilatione corporis, ejusque morte secuta, non magis contra vulnerantem, quam contra eum, qui *caedis causa* solum arma gestavit, et nil praeterea egit, necessariam esse. Quin potius, uti crimen homicidii a caede hominis dici coepit, ita, quum de poena quaeritur *caedem* omnino, eamque argumentis idoneis probatam requirit lex, quod absque *sectione* in casu *dubio* fieri non posse, quilibet facile intelligit. Neque id evertit jactata de lethalitate vulnerum *incertitudo*, quia ista tantum impedit, ne *mathematica* veritas ejus rei haberi possit. Quum vero in factis humanis *rarissime* illa haberi possit, et sic ne in causis *criminalibus* quidem praecise exigatur a legislatore, recte rationes subducente Leysero *ad ff. Spec.* DLXI. *Med.* IV. nil causae superest, cur in certitudine *morali*, et summo gradu *probabilitatis*, qui inter homines haberi potest, quemque regulae *medicae* omnino inferunt, pro eruenda veritate criminis *consummati* non subsistendum sit. Ut taceam dubia ac impedimenta, si non *majora*, saltim *aequalia*, quae probationi *doli*, in qua unice subsistendum putat Polycarp. Leyserus, obstant, quaeque, si philosophiae ejusdem ponderis quicquam inesset, efficerent, ut ne quidem ob *propositum* delinquendi ac occidendi nunquam quippe *mathematica* veritate demonstrandum, quis puniri posset. Quae porro de

circumstantiis physicis ac juridicis oggeritur distinctio, quatacunque denum specie commendetur, in foro *externo* nullius prorsus usus est, postquam leges *positivae*, quibus etiamnum vivimus, aliam sententiam prae se ferunt, et hoc ipso, quod *exitum* diserte in delictis exigunt, in eo moralem circumstantiam simul collocant. Aliud est, quid vel jus naturae doceat, vel *legislatori* suadendum sit, ut in sua civitate pro norma constituat; et aliud, quid, positis semel *legibus* in *applicatione* earum ad casus obvenientes, judicandum sit. Judicis enim non est *de legibus* judicare, eas corrigere, secare, corrumpere; sed *interpretari* et ad facta obvenientia simpliciter *applicare*, quod in praesenti specie sine solertissima *cadaveris occisi sectione*, jure Carolino *Art.* CXLIX. praescripta, prorsus fieri nequit.

Evicta necessitate hypothetica sectionis in casu homicidii, jam, quid circa ejus genuinam *applicationem* cautum sit, videamus. Non una eademque legum criminalium circa hoc caput est sententia, sed mirum in modum variant sanctiones. Praestabit ergo potiores, et quae ad illustrandam, amplificandam jurisprudentiam criminalem nostram potissimum conferunt, perquirere. Primaria inspectio circa natales judicialis inspectionis versatur, quos eruere operae pretium erit. Et quidem quae in *sacris paginis* continentur leges Mosaicae, nihil prorsus ea de re memorant, sed simpliciter et *abscisse*, poenam mortis minantur homicidis dolosis ac voluntariis Brunnem. *de proc. inquis. C.* VII. *N.* XX. culposis vero et involuntariis asylum pro evitanda vindicta indulgent. Neque praesumendum, legibus Mosaicis, tam *notabile* momentum fuisse omissum, si forum judaicum istud novisset, quicquid dicat Rhetius *ad* 9. *F.* 5. *p.* 232. Constat, judices tum in crimina quidem legitime inquisivisse, eorum veritatem ante sententiam explorasse, ast *de plano* hoc factum esse, absque *longiori* circuitu; sola *morali* criminis, non artificiali certitudine admissa. Testium effatis plus fidebant quam operosae de omnibus *facti* circumstantiis pervestigationi. Soli *adulterio* lex scripta erat, ut mulier suspecta *aquis amaris*, aut convinceretur de consummatione criminis, aut facinus isto *judicio divino* penitus dilueret Leidecker *de republ. hebraeorum Lib.* VII. *C.* XI. §. XX. Alioquin, saltim in homicidio, *corpus delicti* absque alia indagatione a *testibus* dependebat, qui, si quendam vere a reo occisum pronunciabant, judicis erat eum *condemnare*; sin absolvebant, aut nullam certam *facti* notitiam habebant, reum dimittere. Potissima consideratio examinis testium personam *occidentem* tangebat, eventum autem, ex inspectione cadaveris externa in *sensus* incurrere, sufficiebat. Causa remota, an proxima quis occisi esset, parum curabant dummodo proximior in sensus non incurreret; adeoque *caesum* vel *mutilatum* paulo post mortuum, pro *occiso* habebant, vel saltim in dubio *praesumebant*. Cui ergo usui fuisset operosior vulnerum inspectio? Et quis demum illam perfecisset, *arte secandi* tum temporis nondum nota, nec doctrina de *vulneris lethiferis*, ac non lethiferis per experientiam eousque, ut hodie factum, pro-

ducta? Non ideo tamen *solus* animus puniebatur, eventu *prorsus* non spectato. Tantum enim abest, ut haec philosophia Ebraeis conveniat, ut potius, quoties sanctio *poenalis* homicidii scripta legitur semper tale factum desideretur, quo alter exanimatus fuit (*dass er davon stirbt*) uti legitur *Deut.* XIX. 3. *Exod.* XXI. 13. *Numer.* XXXV. 6. quae circumstantia cum homicidio sola *proaeresi* perfecto e diametro pugnat. Conficitur ergo, Ebraeos ignorasse *artificiosam* cadaveris inspectionem, nec lege ulla ad eam suscipiendam judices constrictos fuisse. Adversari eam institutis de homicidio divinis nemo sanus dixerit. Quis vero inde in requirenda et defendenda ejus *necessitate* ad *sacras litteras* provocaret, quod perperam fecisse Tenzelium *de inspect. cadav. judic.* §. IV. video.

Non major aut concludentior ratio pro praxi hujus inspectionis ex scitis *latialibus* petitur. Saltim *lex Cornelia*, ad quam sine dubio pertinuisset ea disquisitio, illam nuspiam memorat, aut praescribit, adeo, ut ne *cognitam* quidem, ne dum *usitatam* in criminali homicidii judicio cum Stryckio *de jure sens. D.* I. *Cap.* XIII. *N.* XXIV. recte dixeris. Equidem in aliis *causis* rite explorandis, *curiosam* inspectionem, adhibitis quoque *artis peritis*, obtinuisse, argumento est cum *tit. ff. de ventr. inspic.* tum doctrina *Proculeanorum* circa investigationem *pubertatis* quondam a peritis rite susceptam, ut docte probavit B. de Ludewig *de aetate pub. et major. C.* I. §. XIII. Sed homicidio, ejusque judicio *criminali*, tantum abest, ut propria fuerit ulla cadaveris inspectio, ut potius eidem prorsus non convenire vel ideo visa, quia lex Cornelia eventum non spectabat sed *voluntatem*, praeparatione quadam demonstratam. Licet enim plerumque Lex Cornelia *hominis occisi*, vel ejus, *qui occidit*, mentionem faciat *l.* 1. §. 1. 2. *ff. ad l. Corn. de sicar.* eadem tamen lex ejus reatus reos esse quoque pronunciat, *qui hominis occidendi causa cum telo obambulant.* Hoc amplius Marcianus *in cit. l.* §. 3. etiam eum lege *Cornelia* teneri ait, *qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, eumque pro homicida damnari* testatur, quod satis *non usum* operosae inquisitionis in qualitatem vulneris evincit, et plenius probat *l.* 15. *ad l. Corn. de sic.* Equidem Autor *N.* VIII. provocat ad Paulum in *l.* 30. §. 4. *ff. ad leg. Aquil.* scribentem: *si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso*, atque hinc tanquam a minore ad majus ita concludit: si expiscatio vulneris in actione *civili* obtinet, multo magis in *criminali* persecutione ejus ratio habenda. Alterum praesidium collocat in *l.* 52. *pr. ff. ad Leg. Aquil.* ubi Alfenus scribit: *Si ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia, aut domini negligentia accidisset, recte de injuria occiso agitur* quae conclusio, exule prorsus vulnerum indagatione, absurda omnino fuisse videtur. Addere his Carpzovius quoque potuisset *l.* 11. §. 2. *eod. Si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint, teneantur videamus? et siquidem apparet cujus ictu perierit; ille, quasi occiderit, tenetur. Quodsi*

non apparet, omnes quasi occiderint teneri, Julius ait. Verum haec omnia cum causa atque examine *criminali* nil quicquam commune habent, sed ad legem *Aquiliam* et causam *civilem* spectant, in qua istius sollicitudinis vel ideo ratio habebatur, quia propter diversa ejus *capita* ratione poenae civilis multum intercat, scire, utrum quis *vulneraverat* an *occiderat*, et sic utrum ex capite *primo* an *tertio* agendum esset. Alterutrum decidebat qualitas *vulneris*, quae isto examine explorabatur. Lex Cornelia contra ejusmodi capitibus non constabat, sed utrobique idem jus sanciebat, adeoque ratio *diversitatis* inter utramque satis manifesta est. Praeterea doctrina Autoris ad meram *praesumptionem* et possibilitatem redit. Ast in *facto* consistit, quid sanxerit lex Cornelia, ubi interpretatio *extensiva* non sufficit, sed evidenti probatione opus est, de qua tamen, ut dictum, in libris nostris nil reperitur. Atque sic demum ratio constat juri *Romano*, vulneris explorationem in lege Aquilia, non Cornelia requirenti. Quae enim Bodinus *cit. l. th.* IX. Carpzovio opponit, parum ad rem faciunt.

Sed ne sic quidem lis decisa. Incido enim, dum haec scribo in *l. fin. de Corn. de sic.* ubi Paulus talem in modum ratiocinatur, qui absque *vulneris* indagatione in causa criminali vix concipi posse videtur. Verba haec sunt: *si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet.* Quem enim finem alium habere potuit contemplatio singulorum *ictuum*, quam, ut de mensura poenae singulis percutientibus imponendae inde constet? Sed iterum res salva est. Desumsit enim Tribonianus *cit. legem* ex Pauli *libris sententiarum*, quos non tantum pro more corrupit, verum etiam castravit, adeoque restitui debet sanctio ex fonte. Videlicet in *L.* V. *tit.* XXIII. §. 4. apud Schultingium *in jurispr. ante just. p.* 507. ita legitur: *Quodsi in rixa percussus homo fuerit, quoniam ictus quoque ipsos contra unum quemque contemplari oportet, ideo humiliores in ludum, aut in metallum damnantur, honestiores dimidia parte bonorum mulctati relegantur.* Quibus verbis quum loco *perierit*, legatur, *fuerit*, de sola percussione et injuria reali quidem agi prima facie videtur, reapse tamen *homicidium* comprehenditur, quod sola *poena* testatur, a Triboniano omissa, sed a Paulo l. c. in fine memorata, quae vix responderet antecedentibus, si de simplici *injuria* ibidem ageretur, quia in hanc nullibi tam dirum supplicium constituium. Interim illae ipsae poenae cit. l. relatae, et pro diversitate *status* ferientibus imponendae, satis evincunt genuinam *rationem* contemplandorum *ictuum* a singulis illatorum. Tralatitium quippe est, moribus romanis non *unam*, eandemque poenam quoad sicarios servari, sed *conditionem* spectari et *viliores* paulo durius habitos ad *ludum* condemnari, *altiores* vero ad summum *deportatione* coërceri *l.* 3. §. 3. *ff. ad l. Corn. de sicar.*. Hisce principiis inhaesurus Paulus, in concursu plurium ferientium pro poena *singulis* imponenda opus omnino habuit notare *ictus singulorum*, et indagare eos, qui ex pluribus in rixa praesentibus alterum actu percusserunt, ut tum percutientes a non per-

cutientibus separaret, tum singulos ex prioribus secundum indolem legis *Corneliae* coërceret. Ita vero in effectu non ictus, eorumque *numerum* aut *qualitatem* respexit, sed *personas* ictus occiso inferentes, quod satis evincunt verba: *quoniam ictus ipsos contra unumquemque* (quia non omnes turbae socii semper de ictibus illatis convicti, sed saepe quidam spectatores agunt, alii solis conviciis pugnant, nonnulli vulnera infligunt) vel ut in cit. *l. f.* effertur *ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet*. Non enim assentior Petro Burgio *Elector. C. V. apud celeb.* Ottonem *Thes. jur. rom. T. I. p.* 318. hanc legem de *innocente* in turba per *errorem* occiso, accipienti et verba*: contra unumquemque*, ad *caesum* referenti, quasi sensus sit: *errore vel falsa delinquentis opinione crimen vere consummatum non dilui, sed ictus adversario illatos ad illud sufficere, quod contra unumquemque non tantum certam personam telum stringere nefas, eaque sit sola et vera decidendi ratio* Paulo *memorata, sed a* Triboniano *interpolata et in alium sensum detorta*. Enimvero hic nihil quicquam de *tertio* innocente occiso memoratur; nec ratio aliqua probabilis huic conjecturae assistit; nec posita hac sententia, rationem ab *ictibus* petere opus fuisset, sed planissime a proposito noxio secundum *l. 14. ad l. Corn. de sic.* commodare potuisset, quin potius verba legis plenissima ad unum ex rixantibus *peremtum* referenda. Quia vero hoc a pluribus diversae *conditionis* factum esse potuit, ictus *singulorum* inspici monet, non ut lethifere ferientibus mortem, levia vulnera infligentibus extraordinariam poenam minaretur, uti explicat Schulting *cit. l.* sed ut poenam mortis, quam omnes ferientes ob malignitatem consilii, instrumentis lethiferis satis declaratam, ex indole legis *Corneliae* meruerant, pro diversitate *dignitatis* ac *status* sustinerent. Breviter: contemplatio ictuum non respectum habet ad certitudinem caedis, sed ad moderamen, quod ipsum *genus* poenae pro diverso *statu* personarum definit.

Prima tamen semina hujus indaginationis exhibet jus *canonicum*, cujus auctoritas pedetentim judicia criminalia ita occupavit, ut in morem, quin imo tandem legem *scriptam* abierit, inspectionem *vulnerum* in casu homicidii perpetrati, pro definiendo justo supplicio esse *necessariam*. Bina prostant loca; hancce novam regulam indigitantia nullumque homicidi reatum sine vulnerum *lethiferorum* certitudine, ex qua *inspectio* cadaveris per se fluit, admittentia. Alter exhibetur in *Cap.* 12. *X. de homicid.* ubi Clemens de poena presbyteri, cingulo quodam, cui cultellus adhaeserat, nonneminem occidentis interrogatus, respondet: *quia dubium, utrum occasione vulneris decessisset, convenire, ut in sacris ordinibus ob homicidii reatum non ministret, si vero ex alia infirmitate perierit, cessante quippe homicidio, posse eum ministrare*. Quaerit hic pontifex *corpus delicti* in sanguinis effusione, non in *voluntate* necandi, qua destituebatur utique presbyter, qui, dum animum *corrigendi* habebat, *excessum* solum commiserat: quo posito non poterat non renuntiationem *vulnerum* exigere, et per consequentiam medium necessarium; hoc est inspectionem eorun-

dum urgere. Alter locus debetur INNOCENTIO III. qui *c.* 18. X. *eod.* in eundem fere modum de sacrilego primum a Presbytero percusso, mox a parochianis penitus prostrato pronuntiat, caedemque ita adsolvit: *si apparuisset ab eodem inflicta percussio tam levis in ea parte corporis, in qua quis percuti non solet ad mortem, ut peritorum judicio medicorum non assereretur lethalis.* Haec principia etsi non poenae capitalis sed solius *irregularitatis* causa professi sint pontifices postea transierunt ad fora criminalia in quibus, uti in aliis juris articulis, ita in hoc doctrinae juris canonici adoptatae, et sensim in usum deductae.

Ex jure *Germanico* nil succurrit, quod huic rei posset inservire. Majores in tanta *simplicitate* quondam vivebant, ut, vulneris parum curiosi, nil amplius exquirerent, quam utrum quis armis lethiferis caesus, et postea mortuus esset. Causa *proxima* vulnerans subsecutae *mortis*, an *remota* quis fuisset, nil prorsus intererat, dummodo esset causa, nec alia proprior mox et sine ambagibus in oculos incurreret. Luebatur ex more plerorumque populorum originis germanicae homicidium *pecunia* seu Wergeldo, nec dolo, an culpa commissum esset, quicquam intererat. Qui ergo vulnera illata anxie indagare, causamque mortis proximam vel remotam inde eruere opus habuissent? quum *culpa* sufficeret, qua carere non poterat, qui vel solam occasionem vulneris per se non lethalis, praebuisset. In *voluntate* quidam et consilio non subsistebant majores, sed *exitum* urgebant; interim de eodem ex solis *sensibus* judicabant, ut adeoque peculiaris ac scrupulosae *vulnerum* indagationis apud illos nec ratio ulla, nec vola, nec vestigium ullum supersit. Neque sequioribus temporibus ea in re quicquam mutatum, quamdiu saltim *verus* judiciorum germanicorum ratio permansit, nec *peregrina* jura iis quicquam admiscuerunt. Memoratur tamen species *expositionis cadaveris* solennis, et quidem in casu homicidii commissi; sine qua judicium *criminale* exerceri non poterat, quae qualis fuerit, ex fontibus paucis docebo. Primum talem referri video in LL. NORMANNICIS *Sec.* XIII. conscriptis quas publici juris fecit DE LUDEWIG *reliq. med. aevi T.* VII. ibidemque *cap.* 68. ubi mentio sit *visionis*, inspectores, vero et de veritate rei renunciantes, *visores* appellantur. Agitur ibidem de visione *Langoris* cuius causa quis judicium subterfugiebat, item *homicidii*, nec non *virginis defloratae*, adeoque evidens est, eandem veram, sed *extrinsecus* susceptam corporis inspectionem fuisse, apud *justitiarium*, ut ibidem legitur, faciendam. In specie vero *cit. l.* §. 4. dicitur: *Et hoc modo faciendae sunt visiones de multro, homicidio et mehaignio et omnibus plagis per violentiam illatis.* Ipsa necessitas, cadaver *judici*, dum de homicidio agebatur, ad *visionem* exponendi, in sequentibus hoc modo injungitur: *sciendum tamen est, quod si aliquis vulneratus plagam suam in hac forma non monstraverit, ex ea sequelam nequicie non poterit deducere. Si etiam aliquis interfectus traditus fuerit sepulturae, et hoc modo visus non fuerit, sequela de ea duci non poterit, si justiciario*

non fuerit demonstratus, antequam sit sepolturae commendatus. Corroborat eundem hunc morem, qui circa idem tempus speculum suum compilavit *Saxo. L.* III. *art.* XC. his verbis: *wird auch einem Manne sein Freund erschlagen, er mag ihn wohl begraben, ob er wohl weiss, wer ihn ersclagen hat, er hab der Klagen über ienen mit dem todten Corper ehe begunst vor dem Gerichte, so muss er sich mit ihm auch woll klagen, und mag sein dann nicht begraben ohne des Richtes Urlaub.* Gemina his sunt, quae referuntur *in dem Richtsteig* ubi auctor CXXXII. postquam de defensione rei egerat, addit: *ofte de Dode dar gegenwardisch sy.* Apud *Frisios* idem mos deferendi cadaver in locum judicii sub exordio accusationis obtinuit, ut ne antea quidem illud sepelire fas esset, teste Sicamma ad *LL. Frision. lib.* II. §. 2. Idem Trajectenses servasse, argumento est formula ab accusatore pronunciari solita, quae ridicula foret, si cadaver in conspectu *judicis* positum non fuisset. Ipsam formulam es schedis exhibet Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *tit.* V. *Cap.* VII. §. VI. *Heere ick heb hier eenen Dooden neve, of broeder ick mede klagen wil, wil ghye geloven, dat hy hier voor u thegen wordigh is, of doet besien die ghene diet mitten recht besien sellen.* Sed ea consuetudo tantopere displicebat Joanni IV. *Episcopo Trajectensi*, ut eandem auctoritate privilegii Caroli IV. *Anno* MCCCXLIX. licet sine eventu, abolere tentaret. Clausula concernens privilegii quod recitat Sicamma *cit. l.* quaeque inveteratam istam consuetudinem mirifice illlustrat, haec est: *Pro consuetudine etiam abutentes, ut nullus occisi etiam injuriam prosequatur, nisi coram Episcopo Trajectensi* corpus occisi praesentetur, *quod corpus quandoque rapitur, et occultatur, et sic plerumque maleficia tam enormia remanent impunita. Quapropter consuetudinem hujusmodi minus justam imo corruptelam potius juri contrariam* et *iniquam penitus abolentes.* Taceo elegantem parodiam, quam pro illustranda hac veteri Germanorum consuetudine ex auctore *des Reinecken c.* IV. allegat B. Heineccius *jure Germ.* T. II. §. CCCXIV. Nam ibi finguntur galli gallinacei apud leonem cum *clamore* adducere cadaver occisae a vulpe gallinae, et accusare vulpeculam his versibus:

Der hennen broeder weren desse twee
Se repen beyde: Wrac, un Wee
Omme Krasse voet, erer Süster doet
Dreven se ruWe und drovenysse groot
Noch weren twey ander de drogen de boren
Men moechte ere drouvenysse vern hor en.

Haec inquam et similia inspectionem cadaveris *judicialem* quidem comprobant, sed non eo fine susceptam ut de *lethalitate* vulneris constaret, verum ut tum casus *mortis*, in quo *corpus delicti* collocabant, et inde *homicidii* reatum arguebant, extra dubium collocaretur, tum ut eo *solennior* esset accusatio, adeoque *similis* quidem, non aeque *praesens*, de qua loquor, inspectio, multo minus *sectio* cadaveris hic occurrit.

Talis erat ratio juris germanici a Canonico diversissima. Quanquam enim hoc jamdiu collectum fuisset, et sententiae pontificorum pro *ora-*

culis haberentur, non tamen secundum illas judicabatur in Germaniae foris, majoribus quippe in abolendis *moribus* tenacissimis, ac obstinatissimis, in recipiendo vero jure *peregrino* difficillimis. Unde doctrina de vulnerum indagatione ac inspectione non simul ac semel, sed *pedetentim* ad germanos transiit. Primum ab italis DD. ex principiis juris *Canonici* defensa, ac in scriptis suis aliquoties probata, mox turmatim propagata, demum in *academiis* et a doctoribus germanicis, quasi sententia *communis* adoptata, sensim fora criminalia ipsa occupavit, quorum *praxis* tandem effecit, ut *ordinationi criminali* cum *Bambergensi*, tum *Carolinae* insereretur, et magna cum praecautione in *art.* CXLVII. et CXLIX. commendaretur. Et priore quidem articulo generatim pro *veritate* homicidii demonstranda, imprimis in casu *dubio*, cadaveris ac vulnerum inspectio praecipitur; sed in posteriori demum accuratior *methodus* eam perficiendi proponitur, ut adeoque in hoc articulo sedes *legitimae sectionis* quaerenda sit.

Quod ad modum *formamque* sectionis, de qua hic agitur, attinet, varia in *artic.* CXLIX. praescribuntur momenta, paulo penitus jam examinanda. Primum est, ut suscipiatur a *chirurgis* seu medicis quia artis peritiam supponit, et sic alioquin fidem nullam habet. Quot praesentes esse cultrumque anatomicum applicare debeant, praecise non definitum. Ait imperator: *einen oder mehrern Wund-Aertzten*, eoque ipso subsistit in *unius* facta executione, et renunciatione vulneris, quamvis, si alius adhuc haberi possit, ad *dubia*, quibus forsan reus inquisitionem ac sententiam implicare conatur, non quidem *necesse*, attamen *consultius* sit, socium illi adjungere. Alberti *jurispr. med.* CXVI. §. XIII. Neque enim sectioni unius fidem legalem detrahere ausim, hac sola ratione quod plures haberi potuerunt, ut hodie in civitatibus plerumque contingit. Quum enim abundantia, vel defectus peritorum *veritati* factae renunciationis nil addat aut demat, sed illa ab *artis peritia* unice dependeat, nil est, quod ancipitem judicem in judicando ideo reddere possit, praesertim quum hodie personis in *officio publico* constitutis delegari solcat sectio, et ipse imperator *numerum* non absolute praeceperit, secus ac tradidit Oldekop. *Tom.* II. *obs.* VII. *in f.* Majoris momenti est *juramentum* a medicis hoc casu praestandum ut fidem *plenam* consequatur relatio eorum. Circa hoc observandum 1) ex mente legislatoris nostri, antequam inspectio suscipiatur, juramento obstringendos esse secantes, quia, quo magis quis memor juramenti praestiti esse, et omnia ex fide bona *postea* peragere praesumitur, tanto minus tum fides factae renunciationis impugnari potest. Quod si enim sectio jam *finita*, in ea tamen, sive dolo sive culpa quid neglectum, facile contingere solet, ut quum factum *infectum* fieri nequeat, et *revocatio* pudorem medici sugillare possit, postea jurato ratihabeat medicus id, a quo, si ab initio jurasset, facilius forsan abstinuisset, vel sibi cavisset, quo ipso fit, ut *dubiis* non vulgaribus *ratihabitio* jurata superveniens subjiciatur. Nisi forsan in eandem *consensisset* reus,

de cujus corio jam luditur, sub qua limitatione, cum fora nostra ratihabitionem *actuarii*, quoad registraturas ante praestitum juramentum conscriptas sustineant, in causis criminalibus, teste LEYSERO *ad ff.* LXXI. *Med.* VIII. quidni ergo medici? Consentit HARPRECHT *in Cons.* VIII. *N.* XX 2) verbis *legitimis* non arbitrariis conceptum, seu *corporale* hic requiri jusjurandum, quum ad *substantiam* rei pertineat, ubi non quaelibet asseveratio jurata v. c. *an Eydes statt* sufficit. OLDEKOP *cit.* I. GAIL. *obs. lib.* II. *Obs.* III. 3) Juramentum quod ad actum *sectionis* de veritate, quod ad *renunciationem* vulnerum de credulitate praestari. vid. Autor *N.* XL. Denique 4) *speciale* ad actum *sectionis* directum desiderari. Quod in *promotione* praestitum, non magis sufficere videtur, quam quod sub auspiciis alterius cujusdam *officii* recitavit sector. Res tamen distinctione indiget. Aut enim huic *judicio*, coram quo causa ventilatur, tanquam *officialis* publicus est obstrictus, quales sunt *physici civitatum*, item *chirurgi cohortales Regiments-Feldscherer*, aut non: illo casu ad *singulos* sectionis actus juramento non opus est, TEXT. *de corp. vel in homicid.* §. XXXIX. BLUM. *ad art.* CXLIX. *N.* IV. hoc vero, de quo Carolus V. accipiendus est, ante quamcunque sectionem *juramento* est obstringendus, usque adeo, ut valde dubium, utrum extraneus, vel qui in alterius civitatis servitio est, sine *speciali* jurejurando fidem mereatur, in relationibus de vulneris lethalitate factis.

Quid vero est, quod speciatim *derer Wund-Aertzte* mentionem faciat Imperator? Dubium enim, utrum sub his *medici* rite promoti, an nudi *chirurgi* intelligantur, quum alias vox: *Artzt* ad solum medicum pertineat. Posterius verisimilius, tum ob *notionem* hujus vocis, tum ob indolem *aevi Carolini*, quo ars secandi cadavera chirurgis fere propria erat, usque adeo ut, eleganter notante KRESSIO *ad art.* CXLVII. §. I. *N.* III. passim in legibus provincialibus inspectio cadaveris demandata reperiatur *einen genugsam erfahren Barbier oder Bader* vel *dem geschwohrnen Meister des Scheerers Handwerches*, unde etiam solis chirurgis hac in re fidem habet *Autor N.* XXXVI. Ipsi medici quondam laesiones internas tantum ad forum suum pertinere existimabant, et parum curiosi erant operis *manuarii* in secando cadavere, per studium *anatomicum* sequentibus temporibus demum culti, quin potius, id infra *dignitatem* suam esse, stolide credebant, ut non inepte judicat CONRADI de *inspect. cadav. a sol. med. peract. vitios.* §. IX. Quum ergo hi non intercederent, nec litem ea propter chirurgis moverent, evenit, ut sectio quasi in *monopolium* chirurgiam profitentium transiret, et legislatores pariter ac judices necessitate adacti ad hos, tanquam in hac arte *exercitatos*, confugere tenerentur. Alia ratio est fori hodierni. Quia enim vix centesimus sapit in arte secandi, e *Carolus* V. diserte meliores, qui tum haberi potuerunt, tam arduo negotio interesse omnino voluit, praeterea sectio in artem non vulgarem, sed *nobilissimam*, quae potior pars studii *medici* esse creditur, pedetentim abiit, artis periti autem ex indole saeculi aestimandi, merito con-

cludo, in statu notabiliter *mutato* rationem non pati, ut meliora postponantur sequioribus sed intentioni Carolinae convenienter fieri, si *medicis* hoc officium delegatur sola *ministerii* opera chirurgis relicta, Hert. *de inspect. ocul.* §. XXVIII. XXX. et in ducatu Würtenbergico dispositum, teste Grasso *in collat. Jur. Rom. cum. R. I. sect.* XX. *p.* 932. Quodsi tamen contigerit, ut medicorum peritorum *copia* desit non iniquum fore puto, *chirurgis*, de quorum peritia et nominis celebritate constat, ipsam sectionem committere, eorumque judicium de *qualitate* vulneris, antea scite circumscripti, admittere Speckhan. *Cent.* III. *cl.* II. *q.* 13. Stryk *de Jur. sens. D.* 1. *c.* 2. *a.* 22. Atque his etiam respondet fere *praxis* judiciorum hodierna, nisi quod majoris certitudinis gratia solius secantis *renuntiationi* non semper fidem habere, sed insuper actis transmissis *collegii* cujusdam *medici* sententiam conquirere soleat, maxime si dissensus inter medicum et chirurgum secantem emergit, etsi quondam ex falso praejudicio in dubio pro hoc pronuntiatum quandoque fuerit Graeve *concl. pract. L.* II. *concl.* III. *N.* VIII. Hert. *de inspect. ocul.* §. XXVIII.

Et haec de persona *medici* notasse sufficiat. Huic vero a latere ex mente Carolinae legis esse oportet *judicem*, *scabinos*, et *actuarium* ut auctoritate judiciali totum negotium peragatur. Judicem *jurisdictione criminali* ordinaria, vel extraordinaria pollere debere connexitas causae suadet, quantumvis si *periculum* ob imminentem putrefactionem *in mora*, etiam *civilis* judicis praesentia sufficiat, teste Feltmanno *de inspect. cad. c.* VIII. Sed utrum inter meri imperii judices is intelligendus sit, penes quem est *inquisitio*, an vero judex *loci*, in quo cadaver reperitur, saepe quaesitum esse memini. Pro illo, maxime si fuerit judex *delicti* commissi pronunciant Decian. *Tr. crim. L.* IV. *Cap.* XIX. *N.* IX. Tenzel. *cit. loc. C.* I. *C.* II. §. V. eique necessitatem imponunt *requirendi* judicem occisi, ut sibi *auctoritatem* in actu secandi interponere permittat, hic vero, si voluerit, eidem intersit. Idque in tantum alii propugnant, ut inspectionem a judice occisi *sponte* susceptum pro *vitiosa* et ad imponendam poenam ordinariam insufficiente habeant Tenzel. *cit. l.* Blum. *l. ad cit. Art. N.* VII. Rationem decisionis triplicem reddunt, unam quod sectio sit pars processus *criminalis*. Alteram, quod *finis* sanctionis Carolinae hoc exigat, qui fuit, ut eo, melius causa cognosci, et tanto *certior* sententia in causa sanguinis ferri possit. Ultimâm, quia nec *testium* forensium examen sine delegatione judicis *competentis* efficax est ad inferendam *legitimam* probationem. Verum hactenus a me impetrare non potui, ut huic sententiae subscriberem. Prioris enim argumenti imbecillitas non tantum ex eo patet, quod solius *auctoritatis* judicialis causa judicis praesentia requiratur, cujus tamen inquirens *monopolium* non habet. Alterum prorsus non concludit, quum non *major* certitudo lethalitatis sectionem judicis *inquirentis*, quam *extranei* sequatur, sed ea unice in accurata *inspectione* exacta *vulnerum* descriptione, e solida *renunciatione* quaerenda quibus obtinendis aeque illius, quam

hujus praesentia sufficit. Neque moror argumentum tertium ob rationem *diversitatis* evidentem. Circa testes enim examinandos *causae cognitione* opus, sive eorum habilitatem spectes, sive *articulorum* pertinentiam. Potest enim judex inhabiles repellere, impertinentes articulos rejicere, et sic modum probandi praesentem hoc ipso impedire. Ut itaque constet, an et quatenus *probatio* admittenda, finita desuper cognitione, judicis forensis *requisitione* opus est ad examen suscipiendum. Contra cadaveris occisi inspectio ad verificandum corpus delicti *semper* necessaria, nunquam in regulas *justi* impingit, imo quo celerior ob putredinem cadaveris iminentem, eo utilior est, ut nil causae sit, pro ea legitimanda requisitionem judicis inquirentis expectare, et sub vitio *nullitatis* praecise exigere velle. Accedit quod productio testium non nudae auctoritatis publicae, sed *litis* peragendae et *justitiae* administrandae gratia fiat, cujus primaria vis in probatione judiciali consistit. Ast sectio judicialis meram *auctoritatem* publicam pro scopo habet, adeoque nec jussu auctoritateve ejus judicis, penes quem est *inquisitio*, praecise fieri debet adeo, ut quamvis ex pacto vel observantia judici occisi *remissio delinquentis* incumbat, ea tamen obligatio ad remittendum *cadaver* aut concedendum alii in suo foro sectionem temere trahi nequeat. Leys. *sp.* LXXVI. *Medit.* IX. Taceo ipsas a dissentientibus allatas exceptiones, quas plenius refert Grass. *cit. l. p.* 941. *seq.* fundamentum contrariae opinionis penitus evertere, ac efficere, ut, quia cum rationibus supra rejectis *pugnant*, aut his nullum robur inesse oporteat, aut illae assensum non mereantur. Admittunt enim sectionem ab incompetente *sponte* susceptam 1) *si dubium occurrit circa competentiam utriusque judicis aut personam, quae deliquit.* Supponunt nimirum litem incompetentiae *indecisam* manere, vel ob rationes in utramque partem vix decidi posse, veluti si in confinio quis occisus, quo casu speciem veri habet ista limitatio. Verum quid si illa *postea* extra controversiam posita fuerit, et sectio ab *incompetente* peracta apparuerit? Hoc inquam casu quia *dubium* sublatum, quaeri posset utrum poenam homicidii ordinariam remorari possit et *vitiosa* sit sectio, tanquam non competentis judicis, sed alterius directione facta? Non credo temere quemquam hoc esse affirmaturum. Affirmandum autem est omnino, si ex sententia dissentientium nil fidei, vel efficaciae *sua natura* inest sectioni judicis vere *incompetentis*. Unde etiam de facto a judice occisi susceptam sectionem pro fundanda poena capitali admittit Bluml. *ad art.* CXLVII. *n.* 7. et probarunt Tubingenses, modo quaestio de competentia fori ab initio dubia fuerit conf. T. V. Cons. Tubing. XC. Ejusdem farinae est altera exceptio, *si judex homicidii admonitus officio suo non defungitur.* Enim vero haec non tam vitium sectionis, de qua quaeritur, quam ipsius inquisitionis concernit, dum judex officii sui immemor, eorum curam non habet, sine quibus sententia *certa* ferri nequit, interim thesin meam confirmat quod inspectio cadaveris non *praecise* a judice inquirente fieri debeat,

sed aeque valide et sine nota *incertitudinis* ab alio peragi possit. Idem judicandum de tertia exceptione, *si magistratus inquirens sectionem ultro alteri concedat*, quia oscitantia judicis inquirentis extraneum, qui vere incompetens est, *competentem* non efficit, nec sectioni ab hoc ita peractae, *majorem* fidem conciliat, quam qualis eidem inest, si contradicente inquirente suscepta est. Denique ultima est, *si plures chirurgi quorum alter inquirenti, alter occisi judici paret, adhibiti, quasi tunc unius legitimi praesentia actus sustineri debeat, ut judex inquirens ac competens secundum illam poenam decernat.* Sed etiam huic limitationi multiplex *vitium* inest. Nam secundum hanc secat 1) vere incompetens 2) non requisitus a competente, quorum alterutrum tamen efficaciam sectioni detrahere, cumque ea *pugnare*, dissentientes asserunt, imo quod maximum est 3) competentia ex persona medici, vel *chirurgi* immiscetur, quae tamen non influit in actum sectionis, sed is a sola delegatione judiciali vim capit. Quodsi vero *incompetentiam* in sectione cadaveris absolute non attendi mecum defendas, nihil absurdi, nihil cum principiis inquisitorii processus pugnans sed omnia in plano esse, ac commode admitti posse, videbis.

Judici in hoc actu comites esse debent *scabini* judicii criminalis, quorum *duos* requirit legislator. Sicuti enim sine his regulariter nec constitui, nedum fingi potest judicium aliquod civile aut criminale per *Art.* I. *C. C. C.* ita vix est ut auctoritati judiciali polleat sectio absque concursu *scabinorum* celebrata Mauritius *conf. chilonens.* XXIV. *N.* II. Et quemadmodum porro omnes actus judiciales ad minimum duorum scabinorum praesentiam requirunt per *Art.* CLXXXII. *C. C. C.* ita etiam, cur hunc numerum hic servavit imperator, in aprico est. Deputantur autem hi scabini a judice, quo facto *integrum* judicium repraesentant, ut concursu *singulorum* membrorum praecise opus non sit. Ipsa delegatio fit ab eo ordinarie, a cujus latere judicant scabini, quique actum sectionis dirigit. Qua de causa *plena* auctoritate non pollere sectionem, cui judex aliquis ex *aliena* vicina jurisdictione, ad quam causa praesens prorsus non pertinet, *assessores* deputavit, pronuntiarunt *Tubigensis* apub Harprecht. *Vol.* I. *Consil.* VIII. *N.* XI. An recte ex iis quae supra disputavi apparet. Interim duo hic capita observo, in quibus *praxis* nostra liberior esse solet. Unum est, *quod raro* tres personae judiciales secundum regulam art. I. praesentes esse soleant, sed duae tantum praeter *actuarium* deputentur. Alterum est, quod sustineatur inspectio tanquam judicialis a solo *judice* absque *scabinis* perfecta B. Parens *T.* II. *Cons.* MCLX. *N.* XI. Feltm. *cit. l.* CXLI. *N.* III. Illud in civitatibus nonnunquam usurpatur, et toleratur, si copia *Syndici*, qui alioquin personam *judicis* repraesentat, haberi nequit: sed in *pagis* nobilium, vel *minoribus* civitatibus tanto minus admitti potest, quanto magis conclamatum est, scabinos ibidem magis rei *agrestis*, et *manuariae*, quam *legum* peritiam habere, adeoque ignorare omnia in tali *sectione* observanda, atque hinc judicis vel syndici prasentia suble-

vari debere. Hoc vero ex eadem ratione in pagis nobilium admittitur, ubi *dicis* causa scabini in judicio praesentes sunt, et omnia a fide *judicis* i. e. *des Gerichts-Verwalters* pendet HARPPRECHT *Resp.* XXXVI. *N.* LXXX. quemadmodum contra in *civitatibus*, quarum scabini peritiores esse solent, id temere non assectandum.

Illud vero disputatum memini, opusne tunc quoque sit praesentia scabinorum quum universa cognitio criminis a principe *extra judicium commissariis* delegata, an vero delegati vicem *scabinorum* absque vitio nullitatis subeant? Qua in re si CARPZOVIUS arbiter constitueretur facile vinceret prior sententia. Is enim scabinorum praesentiam *praecise* necessariam putat, nec solis *judicibus delegatis* facultatem de criminibus cognoscendi tribuit. Eique subscripserunt JCti Wittebergenses apud BERGERUM *Elect. proc. crim. P.* II. CXCV. Sed nil est, quod istanc sententiam firmaret. Quum enim 1) isti commissarii auctoritate *committentis* judicent, non possunt non eorum acta aeque rata esse, ac illa quidem sunt, quae a judicibus *ordinariis* auctoritate superioris electis consignantur; nec inter utrosque alia superest differentia, quam quod illi *extraordinarii* ac temporales, hi vero *ordinarii* ac perpetui judices sint. Alioquin 2) hoc absurdum inde eventurum esset, ut plus *potestatis* judicibus semel datis competeret, quam *summo* imperanti in subditos suos competit, quum tamen quicquid potestatis *scabinis* competit, radicaliter et primordialiter debeatur summo *imperanti*. Ne dicam 3) contra *dignitatem* principis ejusque *commissariorum* fore si fides eorum in dubium vocar posset, ni in consortio haberent *scabinos*, quos saepissime imperitos, et ex vilissima plebe in civitatibus vel pagis esse constat. In manifestum opproprium cederet haec praetensio, et multum auctoritatis detraheret *commissariis*, si a praesentia *scabinorum* pendere absolute deberent. Et quum 4) olim injustum habitum haud fuerit, *missis regiis*, qui re vera delegati principes erant, jus ejiciendi scabinos pejoris notae, et cognoscendi de causis criminalibus ad judicium eorum pertinentibus indulgere BRUMMER. *de scabin. c.* VI. §. VI. Quidni hodienum fidem plenam haberemus actis ab iis, quos *extra ordinem* hunc in finem elegit superior. Illud enim ficulneum est, quod dissentientes urgent, quasi sub omni commissione clausula: *servato juris ordine* intelligatur: constitutio *Carolina* autem a quovis judice attendenda, in omni causa criminali praesentiam scabinorum requirat. Quum enim hic hordo terminos *habiles* supponat, et ad causas in judicio *ordinario* examinatas notorie pertineat, temere ad *commissiones* principum trahi nequit. Hoc solum jubet Carolina, ut *integrum judicium* sit, quod de crimine cognitionem suscipit, nec unus absque altero valide procedat. Tale vero omnino est judicium, quod per *commissionem* abscisse in hunc finem electum, et sine aliorum consortio ad cognoscendam causam praesentem constituitur, ut ratio non appareat quid sibi velint, quorum *nullus* prorsus cum *commissariis* est nexus, *scabini judicii criminalis*. Cessat potius eorum jurisdictio *ordinaria* ex

ipso momento, quo causa commissariis delegata, expirat facultas inquisitionem *instruendi* intuitu causae praesentis, cujus cognitio commissariis delata, ut rectius *principem* qui penes judicium ordinarium inquisitionem relinquere potuit, id tamen non fecit, sed ad alium judicem retraxit, hoc ipso praesentiam scabinorum requirere ad substantiam inquisitionis noluisse, et a disquisitione praesenti *tacite* exclusisse, dixeris. Exclusorum autem, et legitime a superiore rejectorum nullae partes in *cognitione* causae criminalis esse possunt. Fac: esse hanc quaestionem *voluntatis*, an propterea ullo idoneo argumento principem delegantem magis scabinos *desiderasse*, quam *exclusisse*, probabis? Taceo, hunc posse *leges* ferre, *judicia* formare, ordinem procedendi praescribere, vel eum abrogare; quidni servato processu *personas* judicum tantum determinare, ac mutare poterit, id quod tamen fit, *commissione* in aliquem decreta. Denique cum Carolina plerumque *derer Urtheiler* item *Zweyer des Gerichts* mentionem faciat, nescio, an non haec praedicata commissariis aeque conveniant, quoties scabinos non requirunt, et an non exacte *intentioni* Carolinae,quae de judicibus *ordinariis* loquitur, sic satisfiat. Plenius hoc thema executus est Frid. Bened. Carpz. *de ficta necessit. scabin. in caus. crim. quae de leg. commiss.*

Tandem venio ad *actuarium*, cujus officio potissimum cohaerent, quae circa actum sectionis attendenda praescripsit Carolus V. puta, ut *ictus*, *vulnera*, *pustulas*, *maculas*, earumque qualitates, *longitudinem*, *latitudinem*, judicium sectoris de *lethalitate* secundum illius renunciationem, et in genere omnes omnino *circumstantias*, quae vir bonus pro judicio, quo pollet practico ullo modo inquisitioni et sententiae futurae inservire posse aestimat, litteris conscribat Autor *N.* XXX. Uti enim *supervacuis* et prorsus nihil ad rem conferentibus circumstantiis tempus et chartam consumere, ridiculum; ita prudenter ac diligenter conscripta registratura mirifice se commendat; quamvis in tanta *imperitorum*, ac nullius salis hominum frequentia expediat, potius *omnia*, quum *pauca*, et sic utilia cum inutilibus consignare, ac in *excessu* peccatum admittere, saltim ne judici postea quicquam ad indagationem necessarium desit, quia facilius inutilia postea insuper habentur, quam utilia, olim *omissa*, sepulto cadavere, conquiruntur. Neque suppleri hoc officium potest per scribam *privatum* teste Bluml. *ad art.* CXLIX. *N.* III. quippe qui non est *juratus*, nec auctoritatem *publicam* habet; multo minus per alterutrum, ex personis *judicialibus*, si forsan actuarius fuerit *absens*, quia hic, non ille sub jurisjurandi religione fidem in *conscribendis* actis constrinxit, adeoque *registratura* manu *ipsius* conscripta ac subscripta unice fidem *publicam* habet, quod belle observarunt *Tubingensis cit. cons.* VIII *n.* 30. his verbis; *Und wie wohl ein* Syndicus *oder Raths-*Consulent *bey den Reichs-Stadten ihre schwere Amts-Pflichten gleichfalls auch auf sich haben; jedoch dieses ihr* Jurament *von demienigen, so eines* judicii actuarius *von wegen seines Amts zu*

praestiren hat, different *ist, und also in so weit kein* Syndicus, *Richter, Burgemeister oder Schoepff kein beeydigter Diener genennet werden mag*.

Magis quaeri posset, an ipse *reus* actui sectionis interesse debeat? Nam de ejus *praejudicio* ibidem agitur, totaque salus ac vitae incolumitas inde dependet, si nil omissum, quod ad *defensionem* ipsius pertinet. Et quum defensio ubique res summo *favore* digna sit, tanto minus ipsi haec via praecludenda videtur. Quibus accedit regula illa communis, secundum quam omnia negotia, in quibus alterius *interesse* versatur, praesente illo, et eum in finem citato, suscipi debent, absente vero absque *nullitate* peragi nequeunt *l. 47. ff. de re judicat.* ibique Brunnemann. Neque *silentium* Caesaris aliud infert, qui de eo quod *ut plurimum* contingit, disposuit; plerumque enim rei *fuga* sibi consulunt, sectio autem, quae moram non fert, differri nequit, quo facto reus sibi imputare debet, quod *absens* fuerit, sicuti quilibet alius, qui ad actum citatus haud comparuit. Unde saltim reo *praesente* et incarcerato, sectionem vitio *nullitatis* laborare, quae in ejus conspectu non facta, existimat Heils *de proc. inquisit. p.* 121. Verum enim vero violentia *praesumtio*, quae pro medico jurato, ac judice praesente militat, omnem *fraudis* suspicionem excludit, efficitque, ne temere quicquam neglectum fuisse dici possit, quod actui inspectionis et innocentiae rei inservit. Tantum abest, ut in processu *inquisitorio*, qui summarius est, et solennia talia ultro horret, hujus defectus ratio haberi possit, quandoquidem in eodem nequidem reus ad *videndum jurare testes* de jure communi citatur, et tamen depositio eorum pro *valida* habeatur, adeoque quod hoc casu juris est, illo quoque obtinere debeat. Taceo, reo *tergum* vertente, inspectionem non impugnari; cur ergo eidem fides detrahenda, si per *accidens* praesens, nec tamen citatus fuit. Sane, si reo aufugiente inspectio ocularis a solo judice et medico peracta nullum *defensionis* momentum constituit; nec illud inferre poterit, quoties reo quidem incarcerato, sed ad sectionem non vocato, suscepta. Interim vitio non vertendum Heilsio aliisque *causarum patronis* contrarium scribentibus, quum experientia testatur, reorum defensores omnia omnino corradere in scriptis suis, quae *impunitati* clientum ullo modo prodesse videntur, et summum *meritum* in eo quaerere, quum criminis reum a poena condigna imprimis ordinaria sub *colore* quocunque liberare possunt. Unde est, quod horum scripta cum *judicio* legenda, nec coeco quodam applausu mox probanda.

Haec sunt, quae de forma legitima sectionis ex mente Caroli V. proferri possunt. Neque etiam negandum, regulis *prudentiae* quam maxime convenire, res tanti praejudicii, uti sunt criminales, cum aliquo *apparatu* peragi, ut tanto minus quicquam fiat, quod bonae fidei repugnat, vel omittatur, quod *finis* earum requirit. Cui fini quum nullus apparatus magis inserviat, quam qui in concursu solenni *judicii* consistit, quis dubitabit insignem *utilitatem* inde emergere, si praesente judice medicus ad sectionem accedit. Et *duplex*

potissimum commodum inquisitioni inde accrescit. Primo enim judex, qui omnia oculis suis inspicit, eo *melius* de vulnere ejusque qualitate indeque dependente reatu instruitur et de omnium, quae medicus in relatione sua annotavit, *veritate* convincitur, ut non facile quicquam occurrat, quod eundem a *severitate* convincitnr, ut non facile quicquam occurrat, quod eundem a *severitate*, si laesio mortifera apparuerit, vel *lenitate* ac misericordia, si ictus et vulnera dubiae aestimationis sunt avocare posset. Porro *imperitia* medicorum et chirurgornm frequens, de qua non immerito queruntur ipsius artis salutaris studiosi, satis insinuat quam *salubre* imperator invenerit medium, quo vel *negligentia* secantium reprimi, vel *ignorantia*, ne in actum erumpat, cohiberi possit. Quum enim plerique majorem in rebus agendis industriam adhibeant si *inspectorem* et observatorem habent, virum gravem, et serio de indole rei gerendae *sollicitum*, quam si remotis arbitris suae *oscitantiae* indulgere possunt; ita tanto majorem diligentiam chirurgus quoque adhibiturus est, si ei ad manus fuerint personae, quarum *reverentia dignitas* ac *attentio* eum monet a *superficiaria* corporis laceratione, cujus chirurgi nonnunquam se reos faciunt, abstinendi. Et sicuti in arte secandi prorsus hospitem, sed *honorarium* anhelantem, simulque *audacem*, fortuna juvat, si quod solus peregit, litteris pro *arbitrio* consignavit, judicique nil sinistri metuenti, obtulit; ita *praesentia* judicis tum efficit, ut sectionem *ultro* facilius declinarutus, quam ignorantiam proditurus, et sinistro aliorum judicio se expositurus sit. Utroque ergo casu concursus judicis, aut *promovet* certitudinem facti, aut ne *falsum* quid eidem adsuatur, impedit. Ad haec quum medicus peritus, quidem, sed malitiosus nonnunquam plura in *favorem* vel *odium* reorum peragere queat, quid magis expedit, quam *comites* ipsi dare personas *publicas*, ne fraudulentae machinationes exitum propositum sortiantur, sed ut cogatur circumstantias facti ita, uti oculis totius consessus oblatae prostant, litteris mandare? Denique *auctoritas publica* sectioni ita conciliata sola sufficit, ut quo major ejus in aliis negotiis est *efficacia*, tanto evidentior fides rebus a medico gestis accedat, judicique sententiam ferenti nullum *rationabile* dubium remaneat, quod ipsum a condemnatione vel absolutione cohibere posset. Plenius de incommodis sectionis a solo medico susceptae agit BARTH. *hodog. forens. C.* VI. §. VI. *not. a.*

Quantacunque vero *utilitas* hanc sententiam comitatur non tamen ideo juris *praeceptivi* est, ut salvis regulis justitiae, ne latum quidem unguem recedi a forma hic praescripta possit. Huc enim pertinet quaestio diversimode in foro nostro disputata, utrum sectio auctoritate judicis quidem, sed a *solo* medico, peracta, ad poenam capitalem imponendam efficax sit, nec ne? Mihi semper *affirmativa* placuit, quam etiam defendit BEYER *El. crim. M.* III. *Th.* V. *p.* 94. 275. licet ex rationibus parum concludentibus. Videamus primum de his quo facto de certioribus conveniemus. Ait nimirum: *Lege divina homicidas facinus capite luere, posita ergo*

praecise forma hic praescripta, periculum fore, ne homicidia fiant impunita. Sed quaestio praejudicialis est, an poena homicidii *capitalis* sit ex lege *divina*, de quo, quum invicem digladientur eruditi, argumentum hoc ex eorum genere erit, quae vix aliquem convincunt. Imo si ex vero thesis aestimatur, lex illa divina *universalis* in mera *fictione*, consistit, nec firmiter ex loco *Gen.* IX. probatur, ubi nil nisi *jus talionis*, certo certius ab homicida subeundum, refertur, Thomas. *de jure aggrat. in crim. homicid.* Cessante ergo lege, cessat periculum, ne quicquam contra voluntatem divinam per emissam judicialem sectionem fiat, quamvis posita etiam ista lege, inde ad inferendam sectionis *absolutam* necessitatem argumentari non liceat. Quod porro urget, *sectionem non simpliciter in lege Carolina injungi, sed ad casum dubium restringi*, ad sectionem in genere, non vero ad judicialem, vel formam cadaver examinandi, de qua agit *art.* CXLIX. pertinet, et sic a praesenti lite alienum est. Multo minus stringit ratio Wittebergensium apud eundem Berger *p.* 274. *quod perinde sit, utrum medicus an actuarius lethalitatem consignaverit ideo, quod judicium de lethalitate sola fide medici nitatur.* Nam et hic humani aliquid passos esse Wittebergenses, et *inspectionis* actum cum *renunciatione* vulnerum commiscuisse, recte observavit Conradi *cit. l.* §. XVII. Denique argumentum a *furto* desumtum, quasi hujus *corpus delicti*, sine operosa indagatione, a *jurejurando laesi* tantum dependeat, nulla autem ratio dari possit, cur in *homicidio* eruendo major circumspectio desideretur, parum concludit, quandoquidem ad juramentum unice pro *quantitate* damni eruenda, et quidem in *subsidium* recurritur, quaestio vero *an*, et *a quo* furtum commissum aeque ac in homicidio operosam probationem requirit. Unde his similibusque rationibus ab omni veritatis specie prorsus alienis, non amplius immoror, sed ea in re quemcunque ingenio suo indulgere facile concedo, jam vero ad alia, eaque certoria argumenta pro defendenda eadem, quam Bergerus propugnavit opinione, transeo.

Primarium ex indole sectionis, et quaestione dependet, utrum *finis*, quem sectio intendit, aeque sine judice obtineri possit, vel non? Nimirum *certitudo* quae hic sperari potest circa sectionem cadaveris rite factam, unice dependet a depositione *medicorum*, incisionem suscipientium; haec iterum fundatur in *peritia artis* secandi; in ea autem prorsus *hospites* sunt personae ad judicandum alias delegatae. Ergo, quum ignorantia cum scientia tanquam *contradictorie* opposita simul subsistere, et sic ignarus alicujus artificii ejus scientiam habere, aut solis *sensibus* simul ac semel notitiam sufficienter acquirere nequeat; naturaliter consequitur, ut, tametsi *praesens* rem a peritis peragi oculis suis viderit, de *facto* quidem, non aeque de facti justa *exsecutione* testetur. Videt cultrum *anatomicum* applicari, inspicit vulnus, ejusque *aliquam* profunditatem; sed veram ejus *indolem, longitudinem, latitudinem, cavitatem* plerumque ignorat, nec convincitur, utrum secans ipse *fraude*, vel imperitia il-

lud *dilataverit*, an vulnerans eousque *instrumento* lethifero *penetraverit*, multo minus certus est, utrum omnes partes *laesas* viderit, et an non earum quasdam *subticuerit* medicus? Imperitissimum sane, et in arte sua penitus hospitem fore medicum oportet, si sectionem non ita dirigere posset, ut *stylo* acuto cultrove vulnus vel *ampliaret*, vel tam artificiose partes internas vere laesas *subduceret*, etsi integrum judicium, magno adsessorum numero stipatum, praesens fuerit. Et quum *odoris* foeditas ac pestis plerumque prohibeat, quominus, cujus nasus haud assuefactus est eidem, propius accedat, vulnusque accurate scrutetur; ita experientia docet, delegatos judicii e *longinquo*, et per transennam plerumque adspicere sectionem, *actuarium* autem non alia, quam quae ipsi secans dictavit, calamo excipere. Quibus suppositis non potest non sequi, *certitudinem* rite susceptae sectionis et renunciationis vulnerum non *majorem* esse, si *coram judice* facta, quam si a *solo medico* peracta, nec impedire medicum, quo minus utroque casu favori, vel odio vulnerantis aliquid dare possit. Quorum neutrum uti praesumendum ab homine *juramento* speciali, vel *generali* sub auspiciis officii suscepti obstricto: ita nihil est, cur non subsistendum sit in *sola medici*, tanquam viri boni, et periti renunciatione. Non nego sed probe scio, fidem bonam aliquando facillare, et *falsissimis* circumstantiis nonnunquam relationes secantium constare; verum ad haec et similia corrigenda et impedienda, *praesentia* judicis non est sufficiens remedium, sed supervacua causa. Aut enim medicus est vir vere *bonus*, aut *non*; ullo casu de veritate renunciationis per se constabit; hoc vero animum *decipiendi* ob solam praesentiam judicis *imperiti* non facile deponet, sed variis artibus *veritatem* facti nihilominus eludere studebit. Plane si *suspicione* maligni consilii laborat medicus, regulae juris per se jubent, ut ne ipsi *soli* relinquatur secandum cadaver, sed viri *probatae fidei* ei sint a latere, nec quicquam omittatur in negotio tam arduo, quod indagando corpori delicti ullo modo inservire, et *conscientiam* judicis, sententiam ferentis, adversus *suspicionem* emergentem tranquillam reddere potest. Quid? quod hac cautione omissa, si suspiciones *validae* contra medicum adsunt, vel post sectionem ab eo peractam *emergunt*, denuo sectio suscipi, aut si res non amplius integra, omnino *mitior* sententia pro absolvendo reo eligi possit. Quo fit, ut sectio, qua talis, non tam ob *absentiam* judicis, quam emergentem sinistram *suspicionem* impugnetur, effectuque suo *ex accidente* careat. Nam *idem* quoque obtinere existimo, si *praesente* judice sectio ab homine suspecto peracta, quae obstare nequit, quo minus alii medico *denuo* suscipienda demandetur. In summa, *suspiciones* speciales semper in causa sunt, cur sectio sive cum, sive absque judice peracta vacillantem fidem producat.

Quum ergo spes melioris certitudinis, non blandiatur communi opinioni, age! videamus, quid porro meam sententiam corroboret. Ubi ante omnia sedulo notandum, Imperatorem in *cit. art.* praesentiam judicii ursisse tanquam mo-

mentum *utile*, dignumque, quod in rebus tanti *praejudicii* attendatur quemadmodum in genere ejusmodi *praecautiones* per totam inquisitionem applicare, ad curam et sollicitudinem eorum pertinet, qui pro eruenda delicti *veritate* operam navant; non tamen sub poena *nullitatis* eam injunxisse, adeoque paululum temerarium esse, si fides, et effectus hujusmodi sectioni *sine judice* factae detrahitur. Stringit haec ratio tanto magis contra sententiam contrariam, quanto *aequius* est, actum a viris juratis et probatae fidei gestum *servare*, et quanto majus *odium* nullitatem actus comitatur, imprimis si ratio *concludens* pro annullatione admittenda allegari nequit. Eodem hoc ratiocinio interpretes passim in aliis *controversiis* decidendis utuntur, ut actum, etiam non attentis *omnibus* in lege determinatis circumstantiis, *bona fide* tamen gestum, tamdiu probent donec vel *explicite*, vel *implicite* de poena *nullitatis* a legislatore imposita constet. *Prius fit* si verbis *claris* eandem lex adjecerit, uti factum esse constat in *Art.* XX. *et* LVIII. *Posterius* quoties ex ipsa rei *natura* hoc necessario fluit, et lex alias *exitum* habere nequit, aut *rationi* legis non satisfit, nisi exacte verbis ac circumstantiis legum observatis, denique si tales *clausulae* in lege reperiuntur, quae *sua natura* talem conclusionem inferunt. Huc refero clausulam: *zum wenigsten*, quae hoc innuit, ut neglecta forma ita praescripta actus viribus destituatur, quo sensu *examen inquisiti* coram judice, scabinis, et actuario, suscipiendum injungitur in *Artic.* CLXXXII. adeoque illud absentibus istis personis peractum recte impugnatur. Neutra ex his circumstantiis in nostro casu occurrit; non declaratio *expressa*, ut ipse textus docet; non *implicita*, quum legi ejusque rationi non magis satisfiat, si judex adspexerit artificiosam sectionem, quam si eo absente suscepta fuerit; non aliae clausulae *similem* annullationem involventes. Neque turbare nos debet ratio ab ipso imperatore adjecta: *damit gebührliche Ermässung und Erkäntniss der Verwundung desto minder Mangel sey.* Ex ea enim non *absoluta* necessitas concurrentis judicii praecise infertur, sed commoda via ac utilitas ostenditur, quam ejusmodi cauta sectio producit, perinde ac si dixisset; *ut variis litibus ac desceptationis obex ponatur, expedit regulariter judicem simul praesentem esse.*

Superest ut unicum adhuc idque cardinale dubium quod dissentientes in aliam sententiam traxit, sub examen vocem. Ajunt videlicet non sine veritatis specie, actum sectionis *partem inquisitionis* esse, sine illo sententiam vix ferri posse, rationem autem poscere, ut quod ad ordinarias inquisitionis partes pertinet, perinde ac tota inquisitio coram judice fiat. Ita ratiocinatus est Kressius *in comment. ad Art. tit.* §. I. *N.* I. et hinc necessitatem inspectionis coram judice peragendam strenue defendit. In castra ejus nuper ivit Franciscus Carolus Conradi *in cit. Diss.* §. VI. et erudite, ut solet, hoc thema defendere conatus est, plenius hac ipsa ratione tanquam fundamentali, exposita. Vereor autem, ne conclusio inde deducta vacillet. Etsi enim suo modo concesserim, *sectionem* cadaveris

particulam *inquisitionis* constituere vix tamen a me impetrare possum, ut inde eam praecise in *conspectu* judicis fieri debere existimem. Hoc solum 1) inde sequitur; judicem *curare* teneri ut *corpus delicti* per sectionem extra *dubium* ponatur, vel ad summum, *auctoritate*, jussuque *judicis* suscipiendam esse sectionem quemadmodum *examen testium* forensium ad *requisitionem* judicis, coram quo lis peragitur, subsistit, etsi is in examine *praesens* non fuerit. Aliud enim est, *coram judice* quid fieri, et aliud, *auctoritate*, vel delegatione ejus actum suscipi. Hoc inquisitio desiderat, quae tota a judice suscipitur, ac dirigitur mediate vel immediate, non illud, quandoquidem plures actus inquisitionem promoventes sese exerunt, qui ex ratione *decori*, vel *alia* causa *absente* judice, valide tamen, peraguntur, quorsum solum *perscrutationem domesticam* in casu furti commissi refero, ad quam stabiliendam simplex *jussus* judicis sufficit, tametsi absente eo a ministro judicii peracta sit. Porro si supra dicta ratio admittenda, 2) ad eos actus merito restringi debet, qui cognitioni, ac *peritia* judicis conveniunt, uti sunt *examen* rei summarium, ad articulos, *confrontatio*, quorum omnium expeditio vix operam *vicariam* admittit. Sed non aeque applicanda ut probanda quoad actus *captum* judicis superantes, et peculiaris *artis*, cum judicis officio non connexae, *peritiam* requirentes, quos inter integram *sectionem*, cum ipsa vulnerum renunciatione refero. Circa illorum exercitium et applicationem enim, quantumvis *promovendae* inquisitioni in causa criminis inserviant, leges Carolinas *praesentiam* judicii pro forma *simpliciter*, non requisivisse 3) argumento est, *Art.* XXXV. qui ob praesumtum *infanticidium* ad eruendum *corpus delicti* personam suspectam ab *obstetricibus* inspici in pudendis jubet, nulla *judicis*, simul inspicientis, mentione facta. Quo jure ergo haec sola artis peritarum foeminarum inspectio contra *infanticidas* corpus delicti firmat, plenissimam *fidem* habet, omnemque *scrupulum* incertitudinis tollit; eodem quoque inspectio cadaveris *occisi* sine judice ad demonstrandum corpus delicti sufficit, ad *fidem* faciendam idonea est, et talem, qualis in actionibus humanis judici sufficit, certitudinem producit. Denique qua justitia infanticidis crimen praevia inspectione *obstetricum* confessis, *capitale* supplicium imminet, eadem quoque homicidis dira *mortis* poena, quamtumvis *solus medicus*, non aeque judex lethalitatem vulneris inspexerit, caeteris paribus, expectanda, illa autem *exceptio*, quasi medicus *judicem*, dum perquirebat vulnus, *comitem* non habuerit, penitus rejicienda est.

Hoc amplius, ex eo quod inspectio praesens sit pars inquisitionis, *judex* tantum reprehendendus, qui quod sui officii erat, non fecit, sed solum *medicum* corpus vulnusque aperire permisit. Ei enim incumbebat a *perfunctoria* inquisitione sibi cavere, et omnia adhibita diligentia processum criminalem pro indaganda *veritate* instruere, imprimis ipsarum *legum* criminalium saluberrima *monita* ad unguem in usum deducere. Quod si ergo id, sui officii immemor, observare neglexit, quantum in eo est, pessime egit: tantum autem abest, ut *nulliter* vel

in praejudicium utilitatis publicae egerit, ut potius *corpus delicti* per concludentem probationem a *medico jurato*, et a se delegato in aprico collocatum, adeoque finem se absente obtentum esse, sufficiat. Tandem silentio non omittendum, partes inquisitionis duplicis generis esse, *essentiales* nimirum et *arbitrarias*, quarum illas voco sine quibus veritas nec erui, nec poena promerita, salva *analogia* legum, dictari potest; has autem, quae ad eruendum delictum *conducunt*, judici recte *commendantur*, *suadentur*, omissa autem indagationem *veritatis* earumque circumstantiarum, quibus poena in legibus superstruitur, non impediunt. Illarum neglectus *nullitatem* operatur, et effectu exoptato destituit inquisitionem: hae autem facilius *omittuntur*, quoties sine illis finis, cui inseruit inquisitio, aliunde obtineri plene potest. Sit itaque sectio pars *inquisitionis*, quid aliud inde sequetur, quam ejus *executionem* ad officium judicis pertinere, et hactenus inter partes essentiales connumerandam esse. Verum ipsius judicis *praesentia*, de qua jam quaeritur semper et ubique *arbitraria* manebit, ejusque defectus non magis processum vitiabit, quam omissa, quae nullibi praecipitur, utiliter tamen hodie adhiberi solet, *confrontatio*, quoties absque ea de *veritate* criminis perfecte constat, et causa aliunde ad inferendam poenam satis *instructa* est.

Neque tamen ideo, quod oggeri praevideo, *sanctio Carolina*, praesentiam judicis requirens, prorsus otiosa aut labefactata ejus *auctoritas* censenda est. Retinet ea suam vim, auctoritatem, utilitatem, sed non ultra, quam indoles aliarum quarumcunque legum criminalium communis id exigit. Secundum hanc quodlibet praeceptum superioris, quo, quid rite agendum, praescribitur, *regulam* constituit, ordinarie et in dubio sancte servandum. Is enim primarius est *finis* superioris legem ferentis, ut commoda civibus prostet methodus, rite quid agendi. Quemadmodum vero regula nulla justas *exceptiones* excludit, imprimis si per illas idem ille finis, propter quem regula lata, non subvertitur, sed obtinetur; ita in praesenti casu, quo per modum *exceptionis* sectio a solo medico alicubi suscepta, sed exacta, ac fide digna relatio de sectione et qualitate vulneris actis inserta, ut nullum *rationabile* dubium circa veritatem facti supersit, non obstante *forma legali* neglecta, prorsus in eundem modum contra reum pronunciandum, quo judice in actu sectionis *praesente* alias pronunciari solet, ac potest. Ipse ego pro observantia hujus legis pugno absolutam vero imitationem, imprimis si res non amplius integra, sed sectio consummata, probare, vel cum Puffendorfio *proc. crim. C. VII.* §. X. exceptionem *nullitatis* admittere nequeo, quin potius persuasus sum contra *confessum* vel *convictum* non obstante judicis in actu sectionis absentia, salva justitia poenam capitalem locum habere posse. Novi, in *dubio* in mitiorem partem pronunciandum esse, sed ideo dubia non *affectata*, verum *solida* ratione subnixa esse debent, qualia non sunt, quoties salva legum *ratione*, verba earum posthabentur, et *intentioni* earum alias plenissime satisfit.

Ne autem sine *auctoritate* JCto-

rum loquar, supplementi loco *praxin* hujus sententiae illustrabo, probe gnarus, mirifice in *foro* sententiam auctoritatibus ac praejudiciis corroborari. Sic pedibus in hanc sententiam quondam ivit Lynckerus *Resp.* XII. *N.* VII. et praeconceptam opinionem de *absoluta* praesentia judicis solidis ex rationibus, rejecta carolinae *stricta* interpretatione, taxavit. Gemina his sunt, quae tradit Beyer *ad Art.* CXLIX. et olim, ut supra ostendi jam docuit Bergerus *c. l.* ubi cum rationes *Lipsiensium* JCtorum negantium, tum *Wittebergensium* hancce sententiam asserentium exhibet, et hoc ipso dubiam *Saxoniae* praxin illustrat. Denuo his ex professo subscripsit Wernherus *p.* III. *Obs.* CLII. Leys. *Sp.* DXCVII. *Med.* XXII. et *Sp.* DXCVIII. *Med.* III. et, qui ab illis non alienus esse videtur, Ludovici *ad cit Art.* Quid? quod Tubingenses eodem modo pronuntiaverint in casu lethalitatis evidentissimae, ut patet ex Harprecti *Resp.* XXI. Tandem ex medicis *Cel.* Alberti *cit. l.* §. II. saltim per modum *exceptionis* in casu *necessitatis* solius medici sectionem probandam esse defendit. In *Silesia* saltim usu receptum tradit Stryc. *de jur. Silex Saxon. c.* III. §. 12. ut solius medici interventu sine *judice* suscepta sectio cadaveris ad demonstrandum *corpus delicti*, seu vulneris lethalitatem in casu *homicidii*, consequenter ad poenam *capitalem* infligendam, accedente rei confessione vel convictione ibidem sufficit. Quid? quod *Osnabrugi* in morem iverit, ut judex cadaver secandum ad medici domum transmittat, eumque de relatione postea sibi exhibenda moneat, ut ex actis huc transmissis observavi.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXVII. N. 4.

Culpa lata dolo in capitalibus non aequiparatur.

Haec sententia nititur cum *cit. l.* 7. tum in specie ipsa recta ractione, quae, quum poenam reatu *proportionatam* esse vult, non potest ob tantopere dissimiles qualitates utrobique *eandem* probare et mortis supplicium, doloso homicidio diserte praescriptum, ad culpam *latissimam* trahere. Haec enim, quantacunque est, rusticitate et inconsulta actione committitur, quae eatenus veniam meretur quatenus ab improbitate, et animi corruptione est alienissima, in sola *morum* depravatione consistit, et sic cum optimo voluntatis caractere subsistere potest. Quum vero leges nostrae non solum *romanae*, verum etiam carolinae, quoties de poena *capitali* infligenda agunt, tantopere *dolum* inculcent et *des Muthwillens* et *Vorsatzes* specifice mentionem faciant, imo Carolus V. Lasciviam *die Geilheit*, quae plerumque *culpae latae* species, nominatim *arbitrarie* coërcendam velit, *Art.* CXLVII. *C. C. C.* nihil est, quod *aequiparationem* culpae latae cum dolo, quae sola praesumtione in causis *civilibus* nititur, hic suadere possit, licet ex jure romano contrarium adstruere nitatur Langlaeus *Lib.* VIII. *semestr. Cap.* XI. Neque *l.* 38. §. 5. *de poen.* aliud suadet, in qua ut *Qu.* XXI. *Obs.* III. ostensum, dolus pro animo *directo* accipitur et sic species homicidii animo doloso *indire-*

cto, non culpa commissi, uti quidem LANGAEUS putat, continetur. Lex Mosaica *Exod.* XX. *v.* 28. jus *singulare* continet, nobis vero non magis quam aliae leges forenses, normam praebet. Qua de re eandem hanc sententiam defendit ANT. MATTHAEI *Lib.* XLVIII. *Tit.* XVIII. *C.* IV. *N.* IX. Equidem LEYSERUS *Sp.* CLIV. *N.* IX. aliquando ultimo supplicio culpam latam puniri posse, docet, exempla tamen ab eo prolata nil aliud arguunt, quam, quod *Princeps* ex ratione justa, in causa *publicam* utilitatem immediate tangente, vi *summi* imperii salvis justitiae regulis, ita decernere possit. An autem in delictis privatorum ita procedi, et a *judice*, quem leges stringunt, pronunciari posset, alia quaestio est. Ad minimum regula repugnat, quae temere convelli nequit. Utrum vero ab hac aliquando recedi possit, a quaestione praejudiciali pendet, utrum poenae extraordinariae *ad mortem* extendi queant de qua vid. MATH. *de crim. p.* 56. CLASSEN. *ad art.* IV. *C. C. C.* Speciatim militaris disciplina ea in re paulo rigidior est, ut etiam contumaciam contra praefectum militarem tum jura Romana *lib.* 13. §. 4. *de re militar.* tum hodiernae leges militares tantum non omnes *capite* coërceant. Unde hoc factum sine dubio miles subit, qui justae castigationi resistit, et praefectum militarem, licet absque animo occidendi, obtruncat. LEYS. *Sp.* DCII. *N.* XIX.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXVII. N. 49.

Fundamenta homicidii culposi. Variae ejus species. Ratio poenae. Homicidium in volentem dolo an culpa constet?

CULPA est quodvis factum illicitum, unde laesio sine dolo emergit. Homicidium ergo culposum toties committitur, quoties quis sine animo occidendi versatur in re *illicita*, aut illicito *loco*, aut illicito *tempore*, aut denique illicito *modo*. Ante omnia animum homicidii abesse oportet, cum directum, tum indirectum dolosum adeoque ne ea in re peccetur, et dolosum homicidium cum culposo confundatur, omnia in mentem revocanda, quae *indirectum* homicidii animum cum *dolo* conjunctum, inducere, supra *Qu.* I. probavi, quibus non rite perpensis, nil facilius, quam ut utraque species confundatur, et quae utrinque, sed *diverso modo* concurrere potest, voluntas *indirecta*, circulos turbet. Potest animus nocendi, et instrumentum lethiferum, concurrere, nihilo secius tamen homicidium *culposum* adesse, quoties illi circumstantiae, *caedis* cogitationem, sive ob lethalis, odiique defectum, sive ob qualitatem armorum, prorsus destruentes cohaerent, vel *lascivia* justusque dolor praesumtionem, quae armis arreptis inest, enervat. Huc itaque refero 1) qui *rem illicitam* suscipiunt armis mediisque per se non lethiferis praeter spem et cogitationem lethum inferunt, si-

ve res absolute, sive respectu delinquentis illicita fuerit, quales sunt qui caedunt, cucuma percutiunt, artem sanandi, sed eventu sinistro, affectant *l.* 1. §. 1. *ad l. Corn. de sic. art.* CXXXVI. *C. C. C.* Idem dicendum si res quidem in *se* honesta sed 2) *illicito loco* cum pernicie alterius peracta, quorsum refero eos cui sclopetum in loco interdictione munito, *im Gehege* exonerantes, vel arborem, ubi iter fit, putantes praetereuntem, aut ibi latitantem lethifere vulnerat. Par ratio 3) si saltim *tempore illicito* tale quid tentatum, adeo ut venatio tempore *clauso* suscepta, quoties ejus occasione homo periit, culposum homicidium arguat. Omnium maxime vero 4) huc pertinent omnes actiones in se honestae, licito etiam loco, ac tempore conspicuae, ita tamen comparatae, ut propter neglectas *prudentiae* regulas omissamque debitam *praecautionem*, ex *modo* agendi vitium induant, et sic ob merum *excessum* culpabiles fiant. Huc pleraeque species culposi homicidii in foro obviae referri possunt, multo frequentiores iis, quas antea exposui, in quibus initium culpabile est, a quo facilius solent sibi cavere homines. Tales enim tantum in homines *dissolutos* ac socordes cadunt, non aeque facile in eos, qui honestate vitae ac morum conspicui: contra illae, quas solus excessus commaculat, *optimo* quique obrepunt, quia honestum initium habent, et vel ex desidia, vel indole temperamenti, vel lasciviendi pruritu producuntur. Huc refero Medicos, et chirurgos vulnus desidiose ac negligenter tractantes, de quibus vide *art.* CXLVI. *C. C. C.* bestiam feritate famosam non satis custodientes *art.* CXXXVI. *C. C. C.* poculum ad procurandam *conceptionem* incaute praeparatum porrigentes *l.* 3. §. 2 *ad l. Corn. de sic.* nec non eos, qui *jaculantur*, et proclamatione, aut admonitione intermissa, vel non *tempestive* facta, praetereuntem perimunt. Idem ad ludentes, et in liberali joco, vel lascivia verberibus, jactu, aliave vexatione, causam sinistri eventus praebent, trahendum, de quibus exempla habes apud Schilt. *Ex.* XLIX. §. CXXIV. et Leyser. *sp.* DCII. *Med.* XII. *seq.* Neque ii omittendi, qui in defensione constituti, moderamen inculpatae tutelae excedunt *art.* CXLVI. *C. C. C.* In his similibusque, quoties de poena quaeritur, unice ex gradu culpae, utrum latior, an levior fuerit, et quid *aequitas* ubique suadeat, judicandum. Qua in re ante omnia videndum, utrum ex supra expositis culpae criteriis *alterutrum* reum tantum gravet an eorum *plura* concurrant, et an non tantum in re, vel loco, verum etiam in modo illicito simul peccatum? Tum, si in solo modo, rei per se indifferentis, aberratum, utrum occisor suamet propria imprudentia vel crudelitate *conspicuus* fuerit? ceu in castigatione servorum, liberorum, discipulorumque emergit, an ab occiso ad justam vindictam provocatus sit, et sic causa excessus in hunc cadit? veluti si castigatus obloquitur, resistit. Leyser *cit. l. Med.* XVIII. Denique utroque occisore et occiso in re illicita versante, utrum ille in modo peccavit, ceu in lusu jocoque illiberali contingit? utrum autor joci ac lusus alterum, quem provocaverat, an ab hoc lacessitus, illum imprudenter.

peremerit? quum levior utique culpa sit *lacessentem* repellere, gravior autem, altercando speciem injuriae inferendae prae se ferre. Denique nec hoc negligendum, solus occisor factum lascivum commiserit, unde malum evenit, an in *communi* sociorum lascivia id procuratum? Nam illo casu ex omni parte in percussorem imputatio cadit, hic socii consortes lasciviae *partem* culpae ferunt, ac ea parte illum exonerant, ut recte observat Leys. *c. l. Med.* XI. Taceo, ipsius *facti* qualitatem, culpae gradum elevare, prouti plus minusve periculi continet, odium, fervorem, iracundiam excitare apta, an ad meram petulantiam redeat? *Supina* utique est culpa, *crudeliter*, et quasi ejurata *humanitate*, aliquem male tractare, quod castigantibus nonnunquam solemne est. *Crassior* desidia eum comitatur, cujus defensio in *ultionem* degenerasse videtur. Contra longe *minorem* culpa conjunctam habet, quod armis haud lethiferis, aut liberalius jocando, titillando, saltando, rotando infertur homicidium. Sola petulantia *geilheit* uti vocatur *art.* CXLVI. *C. C. C.* per se *supinam* negligentiam haud constituit, quamdiu concursus armorum periculosorum hanc labem eidem non conciliat. Saepe petulantius luditur, cum *pernicie* alterius, quam ne oculis *lynceis* praevidere quis potuit. Fatetur ipsum hoc Imperator *art.* CXLVI. *C. C. C.* ibi: *doc ist mehr Barmhertzigkeit bey solchen entleibungen die ungefährlich aus Geilheit und unvorsichtigkeit doch wieder des Thäters willen geschehen, zu haben, denn was arglistig und mit willen geschiht.* Nam verba *mehr Barmhertzigkeit* non tam ad poenam arbitrariam, culposo per se propriam, quam ad *temperamentum* ejusdem ex leviori culpae *gradu* determinandum pertinent. Unde semper videndum, utrum reus aliquo modo fatum augurari potuerit, nec ne? et inde demum utrum petulantia *crassam* an *leviorem* negligentiam inferat, judicandum. Mihi, paulo illiberalius jocantibus, quatenus, nec in loco periculoso constituti, nec armis noxiis instructi *infeliciter* quid agunt, *mitissima* poena imponenda videtur, quum minutissimi lapsus per se veniam mereantur. Bluml. *art.* CXXXVII. *N.* VI. et turbatus super fatali nece, ipsius rei animus, omne malum, quod poena repraesentare debet, vincat, adeoque vicem *intolerabilis* poenae per se subeat. Cum his casibus non confundendae species ab Autore *N.* XXXIII. propositae, ubi homicidium *vero* rei *dolo* tentatum, non autem ex facto *immediate*, sed ex *symtomate* secutum. In his quidem poena extraordinaria locum habet, sed non tam ob homicidium, quam ob *dolosam vulnerationem* seu imperfectum scelus, applicatur. Adeoque cavendum, ne a poena extraordinaria imminente, si mors laesi sequuta ad *homicidium* culposum mox concludatur. Magis dubiae aestimationis erit quaestio de eo, qui *volentem*, rogantemve ad preces interemit, dolo an culpa peccet? Et *dolo* peccare, ultimumque supplicium subire, quasi ex tripode pronuntiat Leys. *Sp.* DXCVI. *Med.* X. sufficere ratus, quod stolide gratificaturus, alterum perimens, nosse debebat, neminem vitae suae dominum esse nec alteri potestatem sui occidendi, facere posse. Idem

defendit Willenb. *de impunit. homicid.* §. V. Verum non sine fundamento aliter sentit Kressius, qui eandem hanc quaestionem tractat ad *art.* CXXXIV. *C. C. C.* et contra poenam capitis disputat. Neque etiam video, qua specie *dolus* adsui tali homicidio possit, sine quo dira capitis poena concidit. Ad minimum notio doli, quae potissimum occupatur circa alterius *injuriam*, huic speciei, quae *injusta* quidem, sed non *injuriosa* est, immo *beneficii* speciem prae se fert, vix respondet. Cessat quoque in occidente *malignum* consilium, doloso homicidio proprium, et *stolida* beneficii applicatione totus actus absolvitur. Exulat *principalis* criminosae actionis ratio, secundum quam leges praecavent ne *invito* inferatur malum. Denique, corruente, penitus ratione poenarum capitalium, *lex* ignoratur quae *dirum* supplicium in hanc speciem unquam sanxerit adeoque, recte monente Kressio, casus ad *art.* CIV. *C. C. C.* qui talem rigorem sine lege, ejusque ratione proscribit, pertinet. Quicquid reum gravat sola injusta, actione, et imprudenti dispensatione beneficii constat. Nosse debebat, qui in hac conditione est, talem actionem non ab arbitrio stolide petentis pendere, sed *absolute* per leges prohiberi. Hoc, dum non perpendit, nec cogitat quod preces tales ex *taedio* vitae, vel *desperatione*, non vero ex *sani* hominis firma ac *deliberata* voluntate procedere queant, sola *praecipitantia*, vel *imprudentia* peccat, et *inconsultam* executionem suscipit, quam *culpa supina* tantum absolvi, palam est.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXVII. N. 50.

Homicidium casuale quid? A demente, ebrio, noctambulo commissum quale?

Expositis principiis *culposi* homicidii, non difficile erit, de casuali judicare. Uti enim *alterutro* ex quatuor momentis antea expositis, cessante, homicidium esse incipit *culposum*: ita in *casuale* degenerat quoties quis *simul* in re licita, loco, tempore, et modo licito versatur, et praeter omnem cogitationem miserum necat. Sic enim omne omnino fundamentum imputationis, a quo reatus, poenaque dependet, cessat. In thesi res clara, sed in applicatione saepe contradictioni exposita, qua in re saepe judices paulo iniquiores sunt, et dum circa verba finalia *art.* CXLVI. *C. C. C. gar subtile Unterscheid* haerent, causas imputationis e longinquo repetere, et in genere talia nonnunquam misero opponere solent, quae ab homine, etiam solertissimo vix expectanda, et quae, ne ipsi quidem, in tali conditione, fato ita ferente, constituti observaturi fuissent. Homines sumus, non angeli, non perfectissimi, ut, quae nos circumstant, vel possibiliter circumstare possunt, exacte divinare queamus, adeoque merito humanitati ac *imbecillitati* aliquid dandum, si quis eam circumspectionem, quam regulae prudentiae in tali facto requirunt; non ad nauseam usque

adhibuit. Refero huc necem in *Hastiludio*, vel Torneamentis licitis commissam, ubi indoles ludi *liberalioris* repugnat, quo minus in *puncto* sibi cavere quis possit a fato lethifero, ceu patet ex specie, quam Autor *P.* III. *Dec.* CCXCVI. proponit. Idem dicendum, si in colluctationibus ac pugillationibus *publicis*, aberrante instrumento, alter peremtus, quem casum ab omni poena eximunt. Gail. *Lib.* II. *obs.* CX. *N.* XXXVIII. Struv. *obs. crim.* CIX. *obs.* II. Gilhausen *arbor. jud. crim.* C. II. *Tit.* XII. *N.* XLV. quatenus autorem facti non manifeste regulas artis *athleticae* excessisse, sed *modum*, indoli consertionis proprium servasse, constat. Gemina sunt, quae de homicidio ex quercus caesione in sylva secuuto referuntur in *Cons. Tubinges.* LXIV. *Vol.* IV. in qua specie proclamatio, et an reus sibi hac ipsa satis prospexerit, nec in modo peccaverit, omne punctum fert, ut ipse Autor in simili *N.* XX. monet. Quod tamen ita temperandum puto, si admonitio 1) *tempestive* facta est 2) ad talem, qui sibi *cavere* potuit, directa cum saepe *infantes* a putatore arborum misere interimantur, erga quos admonitio plerumque frustranea. Similiter Hortulanum plene a JCtis Hallensibus absolutum memini, qui fures pomorum observaturus, media nocte, audito strepitu fugentium sociorum, praemissa proclamatione, metum iis incussurus, sclopetum exoneratum in arborem, stridoris causandi gratia, dixerat miserumque, in extremitate arboris se occultantem, fato trajecerat.

Hactenus de *casuali* homicidio proprie sic dicto, quod ad eos referendum, qui doli vel culpae quidem capaces, sed circa praesentem eventum fatalem ab illis productum, nec dolo nec culpa versati sunt. Datur quoque huic non multo dissimile, quoties nimirum innoxius facto alicujus periit, sed ejus, in quem nec *doli*, nec *culpae* ulla *ratio* cadit. Quum enim omnis imputatio aut ex dolo, aut culpa proficiscatur, neutrius vero capaces nonnunquam homines sunt, consequens est, ut actiones eorum tunc *magis fato*, *quam noxia imputentur*, ut utar verbis Antonini *in l.* 1. *ad l. Corn. de sic.* Huc refero homicidia commissa ab *infantibus* in ea aetate qua bonum a malo prorsus discernere nequeunt, quibus nulla poena imminet, sed sola *castigatio*, ut hac ipsa admoneantur de facto tali in posterum fugiendo. Richt. *dec. l. N.* XLII. Struv. *Ex.* VI. *th.* XXXIX. Par ratio est *furiosorum* aut *mente motorum*, *dormientium*, *noctambulorum*, qui omnes, sibi non conscii, quid agunt, non intelligunt. Schroet. *Patroc. homicid. c. l.* §. VI. Thomasius *de jure circa somn.* et *somnia*. Willenb. *de caed. furios. melanchol. noctambul.* Neque aliud de *ebriis* dicerem, si ebrietas fuerit *involuntaria*, ex qua non nisi *invitae* actiones possunt proficisci. Quid enim si lascivia alterius vini quantitati modicae *medicamenta* immixta, quorum vis ita mentem haurientis obnubilat, ut quid agat non intelligat? Talis in hoc statu alterum perfodiens mero *casu* peccare videtur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXVIII. N. 16.

Homicidium casuale et necessarium in Germania compositioni subjectum.

Aequitatem naturalem exulantis poenae in *necessario* homicidio agnoverunt tantum non omnes leges positivae, ita ut in doctrina de *moderamine inculpatae tutelae* mira sit jurium conspiratio, quod Autor belle observat. Solae leges *Germanorum* singulare quid continere videntur, quae tametsi *publicam* satisfactionem, nec in casuali, nec in necessario probent, non reprobant tamen eam satisfactionis speciem, qua demulcetur *familia* occisi. De casuali testem locupletissimum habeo *legem Saxonum tit.* XII. Sed nec in *necessario* moderamen inculpatae tutelae impedivisse *compositionem*, ac *faidam*, ex *capitularibus Regum Francorum* observat Heineccius *Jur. Germ. Lib.* II. §. CCLXIV. Eaque Principia postea regustavit Saxo *Lib.* II. *art.* XIV.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXVIII. N. 26.

Moderamen offensionem injustam ac repentinam supponit. Explicatur art. CXL. *Homicidium ob famem extremam. Inter provocantes cessat ratio defensionis. Periculum vitae, membrorum, pudicitiae, bonorum, non status externi probatur, defensio omnis mere subsidiaria.*

Moderamen inculpatae tutelae prorsus a poena immune esse, inter omnes conclamatum est. Quibus autem fundamentis illud constet, hoc sollicitus est Autor. Plerique interpretes ex ore ejus pendent, et in *causa, modo*, ac *tempore* veram ejus applicationem quaerunt; sed mihi ista doctrina, si non *suspecta*, ast *obscurissima* semper visa. Planior est hujus rei tractatio, si ut ipse Autor postea *Qu.* XXXIII. *N.* XXV. fatetur, moderamen *tribus* momentis constare supponimus, nimirum, *offensione*, eaque *injusta*, ac *repentina*, in qua causam quaerit Autor. II.) *Praesenti*, cum sui, tum aliorum *periculo* vitae membrorum, honoris pudicitiae, bonorum, quod appellatione modi comprehendit Autor. III.) *impossibilitate* securitatem aliter, quam nece alterius impetrandi, quam sub tempore depingit. Hic conjunctim concurrentibus, omnia, quae *plenariae* dimissioni occisoris inserviunt, sunt plana ac perspicua.

Et quoad *prius* quidem *offensionem* requiri, ipsa *defensionis*

idoles postulat, quandoquidem haec est *facultas moralis suam aliorumque securitatem tuendi.* Oportet omnino aliquid, per quod haec in discrimen vocatur, praecedere, atque factum hostile vel *periculosum* imminere, quum impossibile, vel absurdum sit, *vim opponere* velle, ubi nemo nobis insidiatur, nec periculum aliquod imminet. Atque tale factum, *offensionis*, insultusve appellatione, vulgo venit, si ei, qui moderamine uti intendit, opponitur. Ubi ergo inverso ordine, qui moderamen allegat, ipse *invasor* fuerit, repellendus omnino, et a favore defensionis prorsus excludendus erit. Quo nomine *provocantes*, quantocunque demum discrimine postea premantur, nihil cum hoc beneficio commune habent, sed ob manifestum *dolum* caedem adversarii capite luunt. Oportet vero offensionem *injustam* esse, qualem vulgo vocant, quae legis *prohibitione* nititur, et a privato in privatum *injuriae* causa suscipitur: sed parum accurate, quum periculum, quod defensione propellimus, saepe tali offensioni proprium quae in solo facto *physico* subsistet, et ad quam *legis* prohibitio proprie non protenditur, ut ex invasione *furiosi* liquidum est. Planius dixeris: *offensionem* hoc loco dici, ad quam inferendam offendendi *nullum jus* est, ad patiendum, offenso *nulla obligatio* incumbit. Quam primum *jus* aliquem aggrediendi, eique vim opponendi concurrit, non potest non alter *obligari*, ad illam perferendam, et sic invasio justa fieri. Posita vero *invasionis* justitia, ponitur *defensionis* injustitia. Quid ergo, si pater vel maritus *adulterum* deprehensum telo aggrediantur, injuriam sibi illatam ulturi? Quid si ministri judicis pro executione demandata, manus alicui injiciant? Neutro sane casu moderaminis praetextus offensis proderit, ad excusandam temerariam necem illis illatam. Priores enim quicquid agunt, lege permittente, suoque jure agunt; posterioribus vero voluntas superiorum, cui se submittere par erat, satis prodest. *arg. art.* CXLII. *C. C. C.* OBRECHT. *de necessar. defens. C.* VI. *N.* XLIV. MAURIT. *de necess. vid. defens.* §. XIII. Idem ad *pignorantes* applicat BERGER *El. crim. P.* I. *Obs.* XXIX. Ubi autem insultus *justus*, moderamen non potest non *illegitimum* esse, nisi magistratus ipse *de facto* processerit, et percussor injuriae sibi ab illo factae, fidem facere queat, quum perpetua regula juris sit, magistratui *de facto* procedenti, et instar *privati* se gerenti, licite *resisti* posse. STRYCK. *de facto jud. C.* II. *in fin.* Idem juris esto de parentum, dominorumque *castigatione*, quae prout *terminos* servavit, nec notabiliter *excessit*, moderamen liberorum vel servorum probare, vel excludere potest RHEZ *de jur.necess. defens. C.* II. *N.* XIII. Nam et patris *personam* exuit, et filio natura aequalis est, qui, castigando, eum periculo praesenti mortis objicit, quamcunque demum *pietatis* filialis rationem, pro morte a filio potius obeunda, alleget MAURIT. *c. l.* §. XII. Praetera offensio, ut *improviso* sit, necesse est. Hanc qualitatem satis determinant verba cit.art. *überlaufft, anficht,schlàget,*quae ex *usu* loquendi ad *non cogitata* et *repentina* pertinent. Neque aliter recta ratio defensionem probat, si quidem, ab eo, quod praevideri nequit, nemo sibi

satis cavere potest et ideo in hujus fati compensationem merito resistentia *momentanea* fruitur. Neque repugnat his doctrina LEYSERI *Sp.* DC. *N.* XVII. secundum quam, hac notione quidem ad vocem: *überlaufft* restricta, alteram: *anficht* de telo non ex improviso, sed in rixa, quam ipse antea excitavit, contra alterum stricto, denique ultimum: *schlagt*, de caeso, lacessito quidem, sed citra sufficientem necessitatem alterum, arrepto telo, in discrimen vitae adducente, interpretatur. Nam improvisum, non stricte de eo. quod ne somniando quidem, quis hariolari potuit, sed cum aliqua *latitudine*, de eo, quod illo ipso *momento*, quo offensio se exerit, quid non suspicabatur, accipiendum. Quo posito, non *tres* diversae offensiones, sed *una*, diversimode temperata saltim, in his verbis quaerenda, maxime cum rixae necessaria sequela non sit ferox offensio, sed haec nihilominus *inexpectata* inter rixantes esse possit; omnium minime vero, sedato priori insultu, verisimilis, et *nova* invasio, sed, si erumpit, *repentina*, et quasi *continuata* maneat. Brevibus: improvisum ei, quod *ex condicto*, vel ex *ultronea* periculi objectione fit, opponitur, adeoque omne, quod huic non proprium, comprehendit. Unde apparet, quid dicendum de his, qui injuriose *provocati*, intra aedes vel latibulum non delitescunt, sed *sponte* prodeuntes ad conflictum se sistunt, alterumque telo trajiciunt, quos in fraudem *capitalem* incidere, palam est, aeque ac ii, qui ex condicto de *duello* sibi fidem dant, pactoque turpi impleto, cum *nece* alterutrius negotium absolvunt: Sive enim *provocans*, sive *provocatus* in hoc conflictu pereat, semper tamen autor caedis, si non animum *occidendi directum* graviter *vulnerandi* tamen intentionem habet, in re illicita periculi plenissima versatur, exceptione *des Anfallens*, *Anfechtens*, in qua primarium fundamentum moderaminis fatente imperatore, *art.* CXLI. *C. C. C.* latet, excidit, adeoque *capitalis* poenae reus est. ANT. MATH. *Lib.* XLVIII *Tit.* V. *C.* III. *N.* VIII. BRUNNEM. *de proc. inq. c.* IX. *N.* LXII. HORN. *Cl.* XV. *N.* XXXII. COTHM. *T.* V. *Resp.* II *N.* III. a quibus recedit, et *extraordinariam* substituit BLUML. *ad art.* CXL. *C. C. C. N.* II. Hoc amplius, sola in se considerata praecedens injusta offensio moderamen tuetur, sive ab eo, qui *lethaliter* percussus, sive a *tertio* processerit, dummodo fuerit *periculosa*, licet aberrante ictu, nece innocentis compensata, cum quicquid offensus *sui tuendi* causa agit, licite agat, etsi caede *innocentis* fortuita, finis obtentus *art.* CXLV. Hinc verba *der ihn benöthiget art.* XXXIX. item verba *durch den entleibten erst genothiget worden*, *art.* CXLII. *C. C. C.* de casu *ut plurimum* contingente accipienda, sed ad necessariam defensionem *absolute* non pertinent. Illud adhuc quaeri posset, an non detur caedes violenta, sed innoxia, quam *nulla* offensio antecessit? Ut ecce: si *fame* extrema correptus, hominem jugulaverit, ut, ejus carne pastus, vitam transigere possit, qualem casum habet CARPZOVIUS. *Lib.* VI. *Tit.* IX. *Resp.* XCIV. Si ex hujus sententia pronuntiandum, capitale supplicium lanio iste effugere non poterit. Id vero durum, et *art.* CIV.

C. C. C. contrarium, qui non fert hocce poenae genus, in casu de quo leges *prorsus* silent. Ego potius ob inevitabilem *necessitatem* huic ignoscendum putarem, quae sola facit legem cessare ut opus non sit, anxia disputatione, utrum ratio decidendi a *defensione* repetenda sit? Latius enim patet conservatio sui, varia media suggerens, fini huic idonea, quorum species tantum non complementum est, defensio. Quicunque ergo factum necessitate excusat, non ideo in defensione se fundat, sed in sola sui conservatione acquiescit. Hoc praesupposito, ad *alterum* momentum descendo, tanto diligentius determinandum, quando magis constat, defensionem, non aliter, quam quatenus medium amoliendi *periculi* constituit, tolerari. Quum ergo respectum habeat ad periculum, hoc vero dispendium securitatis sive propriae, sive aliorum circa ea, quae ad bene beateque vivendum pertinent, comprehendat. Patet, omnio defensionis finem rationemque ultimo in jure *securitatem* conservandi latere, cum periculo coepto *initium* capere eo depulso *cessare*. Periclitatur autem securitas quod *vitam membrorum* integritatem, *existimationem*, *pudicitiam*, *bona.* Singulas causas probat *Carolina*: priores *art.* CXL. ultimam *art.* CL. Unde ex hoc ille supplendus. Equidem novum supplementum in salutis *statusque externi* conservatione ponit Leys. *c. l. N.* VI. sed sine legis assistentia, extra quam caedem hominis dolosam defendi posse, subdubito, quantamcunque demum *honestatis* speciem habeat, quum interpretis non sit, leges novas ferre, sed latas ad species determinatas applicare. Praeterea necessitas, quam cit. loc. imprimis Leyserus urget non est *inevitabilis*, nec tanta, ut ad vindicandum statum *extrema* praecise tentare opus sit, quum judex laeso ex asse satisfacere possit. Satius erit, ne entia praeter necessitatem multiplicentur, verbis Carolinae inhaerere, quae justo plures species per se comprehendere videntur. Et de conservatione *existimationis*, *pudicitiae*, *bonorum* plena est *Qu.* XXXIII. infra explicanda. Hic herebo circa illam, quae *vitam* ac *membra* concernit. Quaedam tamen in antecessum moneo, omnibus speciebus communia 1) dispendium securitatis *praesens* esse debere quod satis docet notio verbi *überlaufft*, *ansicht*, ad ea pertinens, quae in istanti contingunt, quibus opponuntur minae, ob quas quis metuit malum *futurum*, ad quod praecavendum non opus extremis, sed praesto est cautio, carcer, de quibus plenius agit, Herculanus *de caut. de non offend. c.* III. Interim fateor, in puncto idexigi non posse, sed, ceu in *moralibus* fit, cum aliqua *latitudine* intelligi, ac ita accipi debere, ut ne excludatur, quod inevitabiliter *proxime* imminet. Deinde sciendum, aliud esse, *periculum* praesens, seu in continenti certo sperandum, aliud, ejus actualem *repraesentationem*: illud sufficit ad occupandum hostem, tametsi de hac non constet, cujus defectus facile *brevitate* temporis, quo consilium capiendum, compensatnr. II) Nil prorsus referre, utrum ejus, qui hostem occupat, an alterius invasi securitas periclitetur adeoque perinde esse, utrum ipse invasus, an alius, quocum vinculum

sanguinis speciale, vel commune, quod natura inter omnes homines constituit, intercedit, insultum sanguine vindicat. Utrobique enim factum improbum repellitur, et aequaliter salus *hominis* expeditur, quod, quum in se honestum, utrinque favorem meretur, ut nominatim sanxit Imperator *art.* CL. verbis *eines andern* et ipsis rerum argumentis comprobant MAURIT. *c. l.* §. XIV. LEYS. *c. l. Med. I. seq.* HARPRECHT. *Resp.* III. *N.* XCVI. maxime si pro uxore, liberis, consanguineis, *speciali* vinculo copulatis alter prostratus. Si enim hoc pro tuendis *bonis* alterius licet, cur non multo magis pro *vita*, et integritate *membrorum* impotentis, ast innocentis licebit? III.) Difficilius occupandae interfectionis jus exerceri posse a *duobus* in unum aggressorem, quia vix verisimile, tantum periculum praesens esse, quantum ad repellendum eum mediante nece requiritur BACHOV. *ad Wesenb. parat. Lib.* XLVIII. *Tit.* VIII. *N.* XXII. MYLIUS *ad Beyerum p.* 276. nisi is validior, audacior, furibundus eos impetat, ubi jus in *facto* positum, et ex his circumstantiis de qualitate periculi judicandum. IV.) *Doli*, ac delicti ipsius *invasoris* nullam prorsus haberi rationem, sed proximum fundamentum moderaminis in *securitatis* dispendio quaereri, adeoque recte opponi iis, qui sive *furore*, sive *ebrietate* correpti, vitam, existimationem vel bona periculo objiciunt. GROT. *de Jur. Bell. et Pac.* II. 1. 3. Interim limites defensionis in hac specie rigorosius observandi, quam contra eum, qui nosmet ipsos *malitiose* aggressus, quum in posteriori plura reperiantur, quibus excitari solent *adfectus*, imputationem mirifice temperantes. LYNCK. *Res.* CDIII. V.) Moderamen in foro *civili* ex solis actibus externis aestimari, non vero mensuram capere ab *intentione* honesta, vel improba *propulsantis*, adeoque, quod vulgo dicitur illud ad *vindictam* tendere haud debere, si *actuale* periculum propulsatum esse constat, vix usum pragmaticum habere, nisi vindictam de *excessu* moderaminis capere velis, conf. *Qu.* XXIX. *Obs.* II.

Jam ad rem ipsam. Et quidem circa *vitae*, qua nihil praestantius, periculum, quin moderamine uti liceat res dubio caret, modo illud sit verisimile, ac imminens. Vulgo in hunc finem offensorem *armatum* desiderant, nec sine ratione, cum absque armis his metus mortis sit *vanus*, et textus *art.* CXL. *C. C. C.* diserte *tödtliche Waffen und Wehr* memoret. Referendum tamen hoc ad id, quod plerumque contingit. Nam supplet nonnunquam, quod armis deest, *robur* aggressoris, ejusque *ferocitas* imprimis contra debilem et resistentiae vix parem, ita ut huic ignoscendum sit, si extrema illi opposuit, ceu praeter Autorem *N.* XXV. notavit KRESS. §. I. *N.* I. Certe imperator, dum ad *primum* ictum expectandum neminem obligat, praecise et absolute ad percussionem cum armis haud respexit, sed insultum ferocem intellexit, quasi etiam hic cum periculo *vitae* conjunctus, et talis esse possit, quo semel excepto, in promtu non fuerit defensio. Quanto minus *personarum*, periculum vitae objicien-

tium, ratio habebitur. Nam nemo est, a quo id haud metuere posses, si *facti* circumstantiae id suadent, usque adeo, ut contra *mulierem* moderamen recte allegetur, si armata, aut virilis animi videtur quamvis sine his circumstantiis vix sit, ut *praesumtio* periculi notabilis masculo, mulierem prosternenti, prosit. *art.* CXLIV. Denique periculum vitae, etsi certum sit, *gradus* notasse juvabit, saltim ad hoc, ut si extremus concurrit tanto minus de justitia caedis ambigere liceat, et dubia tanto magis occupentur, quibus nonnunquam facti quaestio premitur? Quo refero dogma Bergeri *El. crim. p.* 110. *quo funestior aggressio, eo magis permissam censeri occupationem lethalem*, adeoque eo minus litem de *excessu* reo faciendam. Sed ni desidia evidens ob *minutissimos* lapsus rectius absolvendum, cogitandumque, periculum in se leve, quantum ad *opinionem* rei tale esse, ut ipsi quaevis ratio expediendae salutis in tam brevi temporis spatio in promtu sit.

Sed, numne *corporis*, aut *membrorum* periculum idem praestabit? Ita sane definit Imperator in verbis *Leibes*, ut mirer, qui fieri potuerit, ut analysin ad solum *mortis* periculum restrinxerit Autor *N.* XXIII. Verum forsan otiosa erit quaestio, quum vix corpori periculum, maxime ab homine armato inferatur, quin simul vita periclitetur. Saltim nec *intentio* aggressoris nec *eventus*, qui facillime in perniciem tendit, invaso antecedenter innotescit, lex vero ad primum ictum sustinendum vix obligat. Sive enim ad membra *nobilia*, ut ajunt, arma diriguntur, sive non semper *mortis* periculum suberit, quum ictus aberrare possit, aut si non aberret, utique venas vel arterias lethifere rumpere queat, aut, hoc facto neminem obligat, ad eum gratis sustinendum. Atque hactenus verum, jus defensionis in *infinitum* contra aggressorem competere.

Denique circa *tertium* momentum quum mere *subsidiarium* sit moderamen, et, alio medio saluti prospiciendi apparente, vitiosum, conficitur, ejus tunc tantum rationem habendam, si *commode* discedere, aut refugium quaerere insultatus non potuit *cit. art.* in verbis *füglich nicht entweichen.* Exulabit ergo, quoties penes eum fuit, *tutum* refugium occupare, idque non occupavit, modo ejus *culpa* sit clara, et extra controversiam *supina*, veluti si refugium 1) in propinquo 2) oblatum, sed cum aliqua *repugnantia* recusatum. Nam uti tergum vertere et e longiquo portum quaerere velle, si non *stolidum*, certe ab omni *cautione* alienum esset; ita invasum ad conquirendum circumcirca asylum, in tanta *temporis* ad defensionem competentis *penuria*, et animi *perturbatione*, adigere velle ab omni aequitate, ac humanitate alienum. Quo ipso fit, ut in dubio pro moderamine, hoc rerum statu pronunciari debeat, nec omnia ad *vivum* resecanda sint, quibus forsan salutem sibi quaerere reus potuisset, si ad unguem omnia rimatus fuisset vid. Puffend. *de l. N. et G. Lib.* II. *c.* V. §. IX. Par, imo multo major ratio post depulsum periculum reo obstat, sive quod invasor *armis* spoliatus sive in *fugam* conjectus fuerit, qui utroque casu impotentia et acquiescentia hu-

jus eum satis securum reddit, et sufficiens medium ad obtinendum finem suggerit, ut *extremis* opus non sit. Quo vergit, quod ipsa lege Carolina *art.* CXXXIX. eleganter cantum: defensionem *durante periculo* suscipi debere. Quod tamen non ad manus consertionem restrictum, sed cum aliqua *latitudine* acceptum velim, hoc sensu, ut tamdiu lethalis vulneratio vitio careat, quamdiu invasor praesens nec *animum*, nec *vires*, offensionem periculosam protrahendi, deposuit, quum etiam *repulsus* hostis commodiorem occasionem *novum* insultum tentandi, saepius meditetur et sic omnino adhuc metuendus sit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXIX. N. II.

Examinatur distinctio inter excessum defensionis et inculpatae defensionis; vera notio excessus defensionis.

Non diffiteor distinctionem inter *excessum defensionis*, *et inculpatae defensionis*, quam Autor a Salomonio sibi imponi passus est, semper suspectam, ne dicam *contradictionis* plenam mihi visam fuisse aeque ac sententiam eorum, qui toties *excessum* moderaminis agnoscunt, quoties *alterutrum* ex momentis, ut antea dixi, moderamen fundantibus, deest. Utrobique enim non tantum *culpa*, verum etiam *dolo* excedi posse supponitur, et ita notiones conjunguntur, quarum una alteram tollit. Quo modo enim *dolus* cum *defensione* consistere potest? quum ille facto improbo ac inconsulto, poenaque *capitali* digno constet, haec vero in se honesta, et impunis sit, aut, si extra limites paululum vagatur, et ideo coërcitione digna, *arbitrariam*, nunquam capitalem conjunctam habet. *Praetextus defensionis* est, non defensio, nec ejus excessus, quoties quis animo occidendi directo vel indirecto cum dolo conjuncto alterum adoritur, ab hoc vero in eam necessitatem conjicitur, ut postea aut *cedere*, aut *punctim* gladium stringere, aut tandem sui conservandi causa eum telo *trajicere* teneatur. Nam in hoc omnia *dolosi* homicidii requisita *plenissime* concurrunt, et contra talem ipse Autor feralem sententiam pronuntiat *N.* XLII. tametsi illo temporis momento, quo extrema tentat, *saluti* suae magis, quam *vindictae* invigilasse et sic se defendisse videtur. Nil enim movet, ut colluctationem, mediante qua eventus maligno consilio respondet, quaeque sua natura individua est, dividamus, actusque *ultimos* a *primis* separemus. Et cur id, cui definitio dolosi homicidii plenissime respondet, quodque reapse, ut tale, *capite* punitur, rejecto nomine propio, *novo*, ac *inusitato* loquendi genere designandum? Non enim tantum id nullius prorsus est usus, verum etiam notionem *defensionis* turbat, corrumpit, atque evertit. Quod etiam de germanica distinctione *Nothwehr und Gegenwehr*, qua utuntur Bluml. *ad art.* CXLVI. *C. C. C. N.* II. Froel. *P.* II. *Tit.* IV. *N.* II. dictum volo. Misso itaque defensionis praetextu, non dubito, eum, qui animo occidendi

directo, vel indirecto cum altero colluctatur, et ultro rem periculi plenissimam subit, sive provocans, sive provocatus fuerit, veri ac *dolosi* homicidii reum esse, ut paulo ante docui: contra *excessum* tantum in illum cadere, qui per meram *culpam* in defensione sui, per necem alterius peccavit, quo facto omnia plana, et tum homicidio vero, tum excessui, quod cuilibet vere proprium, ac naturale est, tribuitur. Est itaque *excessus* moderaminis, vel defensionis *aberratio culposa a requisitis inculpatam tutelam constituentibus,* adeoque nulli alii casus hac appellatione comprehendi possunt, quam quibus sola *culpa*, defensionis tamen ratio cohaeret, hoc est, facta ex injusta, ac improvisa aggressione, amoliendi periculi causa, suscepta. Qui hoc principio in applicatione ad casus specialiores incessurus est, a recta via non aberrabit, et omnia evitabit, quae ex *defensionis idea* eum in transversum agere possunt. Neque his Carolina repugnat, nec ex ejus verbis *art.* CXLII. *dast förder die Straff an Leib, Leben, oder aber zur Buss und Besserung erkannt werde* mox colligendum, imperatorem *capitalem* poenam ab excessu haud separasse, sed *aliquando* in vindicando eo admisisse, quandoquidem totus articulus ad *excessum defensionis* comparatus est proprie non circa homicidium dolosum occupatur licet, quasi in transitu illud memoraverit. Enim vero, dum imperator in discutienda doctrina de excessu versatur, eique *limites* ponere studet, non potuit non ejus quod ab excessu *alienum* est, majoris *evidentiae* causa, mentionem facere, et ita definire, quoties *capitale* supplicium defectum excessus arguit. Hoc vero, non est, doctrinam excessui repugnantem, aut ad eum prorsus non pertinentem, proponere et enucleare, sed potius cohaerentia, et *connexa* simul alligare, ut unum ex altero tanto clarius innotescat. Inculcat sane tantopere pro definiendo excessu causam *impulsivam* defensionis, non ignarus ex illa hunc unice mensuram accipere, quorsum refero verba *ist noth gar eben zu ermessen, wie viel oder wenig der Thäter zur That Ursach gegeben habe.* Cessante enim vera *causa* moderaminis *impulsiva*, verae defensionis *moderamen* esse nequit, multo minus *excessus* adesse potest, qui se refert ad defensionem, qua exule, illum quoque exulare, oportet.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXIX. N. 35.

Vindictae cupido intercedens defensionis finibus non nocet.

QUAESTIO, quam hic proponit Autor, nititur *aequivoca* distinctione supra rejecta, et doctrina, qua homicidium dolosum cum excessu *simul* subsistere posse creditur. Interim, dum reum hic non aggressorem, sed *aggressum* supponit, facilius tolerari potest doctrina, dummodo paulo accuratius tractetur. Concedo, insultatum homicidii capitalis reum fieri non posse, sed casum, quo is pro homicida *doloso* habendus dabilem esse, ne-

go, ac pernego. Non loquor de foro poli, sed soli, ubi non *cogitationis*, sed actuum *externorum* ad defensionem praescriptorum ratio habetur, ut supra ostendi. Ubi, nescio, an cum specie quadam veri dolum, animumque occidendi comminisci liceat, in odium ejus, qui in repellenda injuria occupatur, nec tamen sibi satis cavet a neglectu ejus, quod expediendae salutis causa licite et impune facere poterat et debebat. Fateor contingere posse, ut is defensionis immemor, in improbas cogitationes, quae ad solam *necem* comparatae, incidat. Sed quid proderit eas attendere, quoties *salutis* propriae ratio, eaque licita illum ad vim opponendam satis obfirmat, isque in ea causa est, quam leges ad defensionem justificant, qualescunque demum mentis recessus habuerit. Solus animus occidendi homicidium dolosum et capitale non constituit, nisi fuerit *nudus* et omni *justa* causa destitutus. Hujus enim concursus, quicquid improbitatis ac vitii proposito inest, prorsus sufflaminat, nec cum *doloso homicidio* subsistere potest. Quodsi mentis operationis in casu injustae aggressionis, et statu defensionis, ratio haberi posset, non video, quomodo is, qui omnia moderaminis capita sollicite observavit a *tortura*, vel saltim *purgatorio* liberari, et an casus purae ac plenae absolutionis occurrere possit, quum, non obstantibus omnibus, moderaminis requisitis, cogitatio percussoris ad exitum alterius vergere possit, quam doctrinam tamen omnes tanquam a legibus alienam horrent. Sufficit causam *primam* impulsivam, a qua moralitas pendet, ad injuriam alterius non tendere, sed in repellenda ea, vel *studio salutis* latere, atque hoc intuitu actum hactenus a vitio liberari, tametsi is mox in improbum transformetur, si aggressus defensionis oblitus, lethum alteri adferre sibi proponit. Vix enim suscipitur defensio, cui non simul ultionis, et vindictae studium, quod dolum appellamus, mixtum esset. Id vero extra poenam *civilem* est, dummodo ratione actuum externorum quis servaverit moderamen, fatente MAURIT. *c. l.* §. XVII. Leges certe id negligunt judicemque circa defensionem, ubi ejus fundamentum adest, consistere, et hoc solum indagare jubent, servaveritne fines, an illos transgressus fuerit? ita ut illo casu *omnem* poenam effugiat, hoc ob concurrentem *culpam* sola expiatio per poenam arbitrariam sufficiat. Nam, ipso fatente Autore *N.* II. poena in casu excessus non tam ob commissum homicidium, et legis *Corneliae* violationem, quam ob excessum moderaminis, quae in meram culpam abit, locum habet. Unde homicidium dolosum a doloso moderaminis, ut ita cum vulgo loquar, excessu, in eo differt, quod illius unica ac solitaria causa impulsiva sit animus *occidendi*, et perpetuo vitio *capitali* laboret; hoc vero ab *innoxia* defensionis cogitatione initium capiat; sed subinde consultatione nocendi maligna misceatur, et ob neglectos defensionis terminos *extra ordinem* coërceatur.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXIX. N. 49.

Autor rixae unde cognoscendus? Differentia ab autore pugnae.

Haec ipsa sententia lucem foeneratur doctrinae antea expositae, docetque rationem *capitalis* supplicii in homicidio doloso latere, *umbram* vero *defensionis*, in qua excedi posset nullam superesse, quorsum etiam pertinent verba Autoris *N.* XLII. quod internecio talis, non defensio, sed *vindicta* censeri debeat. Neque tamen provocantem, et rixae autorem in eundem censum collocarem: nam offensio in illo quidem manifesta, non aeque in hoc. Et licet non omni fundamento destituatur, sed ipsa lege Carolinae *art* CXLII. comprobetur, eum, qui *autor caedis* est, a moderamine excludi; vix tamen est, ut semper id procedat, quod dissensus circa hoc caput apud Bergerum *El. crim. p.* 186. Wernh. *P.* III. *obs.* CL. satis superque evincit. Dubia in applicatione plerumque circa Cardinalem quaestionem, uter ex colluctantibus pro *autore* rixae habendus sit? haerent, quum ob *mixturam* circumstantiarum indubium principium desit, ex quo contra alterutrum concludi posset. Sunt, qui ex *prima* contumelia illata eum cognoscendum perhibent, *Mascard de prob. concl.* MCCLI. *N.* II. Richt. *Vol.* V. *Lib.* VIII. *N.* XLI. Sunt e contra, qui *pugnae* autorem huc referunt Sande *Lib.* V. *Tit.* IX. *def.* VII. Utrinque rationes non levioris momenti allegantur. Ego certi quid definire, quod infallibilem regulam constitueret, fere cespito, interim ad sequentia respiciendum esse reor. Ante omnia 1) *causa* caedis proxima a remota hic probe distinguenda, nec omnis, qui facto suo primam *occasionem* fatali rixae dedit, statim pro tali autore habendus, a quo abfutura est defensio. Inter colludentes saepe usu venit, ut factum alterutrius innoxium occasionem praebeat colluctationi, quae caedem postea producit, qualem a beneficio defensionis contra periculum praesens, et impetum alterius excludere velle, prope inhumanum fuerit. II) Circa illum, qui primus alterum lacessivit, et offendit verbis injuriosis, *qualitas* injuriae illatae sub examen vocanda, et inquirandum, num gravis, et tanta fuerit, quae facile alterum ad pugnam provocare potest sive ob justum *dolorem*, sive ob verisimilem aggressionem *realem*; an levior, quae ab homine prudente insuper haberi solet, aut ex qua notabile periculum non metuendum. Illo casu pro pugnae autore et contra lacessentem pronunciarem. Uti enim nil difficilius est, quam justum dolorem ex alterius injuria gravi conceptum, temperare, et praeterea si injuria praeconium *gravioris* periculi repraesentat is, qui primum ictum non expectavit, excusandus est; ita non video, quid ultra pugnam imputari autori pugnae possit, quo fit, ut, qui injuriis proscindere alterum fatagit *primarius* autor maneat, et favore defensionis, ubi in extremis constitutus, alterum telo trajecit, excidat Lynck. *Resp.* LXXI. *N.* IX. Quo etiam referrem eum, qui animo, alterius convitiis, vexisque exacerba-

to, hunc in se provocat, et ab eo in angustias redactus dira tentare cogitur *quum offensionem occisi pro se allegare nequeat qui omni studio id egit, ut offenderetur*, *ut ait* Kress. *ad art.* CXLII. §. 1. Contra ubi injuria illata in virum *constantem* haud cadit, nec metum *majoris* impetus conjunctum habet, nil est quod ei, qui citra sufficientem rationem alterum armis, aut pugna adoritur, suffragetur; quin potius favor defensionis priorem, si non totum saltim in *tantum* comitabitur. Quod etiam obtinere credo, si injurians facti iniqui pertaesus, libenter pugnae se subtraxisset, modo per adversarium id licuisset, quem de *culpa*, et *excessu* tantum teneri, aequum est. Sande *c. l.* Brunn. *ad l.* 4. *N.* IV. *ad l. aquil. Consil. Hall. T.* I. *C.* VI. *N.* VII. III) *interpretationis* verborum factorumque, quae injuriosa perhibentur, habenda est ratio. Nam aliud est injuriis vere proscindi, aliud, verba factaque *delicatae* interpretari, iis praeter *rationem* commoveri, aut si per se sunt injuriosa, sed vel inter *amicos*, talia ferre, et inferre assuefactos, illata, ob ea intumescere. Hoc ipsum ei, qui insultu injuriam, *vel quasi* pensare voluit, vitiosum est, non vero alterum impedit, quo minus saluti suae, quoties id aliter fieri nequit prostratione invasoris consulat Lynck. *cit. l. N.* X. Denique IV) *actuum* in rixae *discrepantia* non negligenda. Si enim inter primum insultum, et subsequutum homicidium *notabile* intervallum intercessit, vel ille sedatus, mox verberibus de novo revocillatur, autor ex *ultimo*, non primo cognoscendus Leys. *Sp.* DC. *Med.* XIX. Sin colluctatio magis ad unum eumque *continuatum* ac protractum actum redit ita ut omnis conatus cum prima offensione se ut *effectus* et *causa* habeat, nil est, quod primum offensorem excuset, de qua specie *Qu.* XXXI. agetur.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXIX. N. 63.

Minae praesentis non nisi cessante judice defensionem fundet.

Non aliter distinctionem Autoris *N.* LVIII. allatam probare possum, quam si assistentia *judicis* in praesenti momento deficit, vel auxilium ejus jam frustra imploratum Kress. *ad art.* CXLII. §. II *N.* II. quum alias *cautio de non offendendo*, *carcer*, *vincula* in promtu sint, ad quaerendam salutem. Alioquin, nescio, an arbitrium judicis, ad quod Struv. *de vind. priv. C.* IV. *N.* II. provocat, eousque pertingere queat, ut occisor *omnem* poenam effugiat? Casum singularem caedis minitanti illatae, sed *extra ordinem* punitae refert Schilt. *Ex.* XLIX. *in append.* N. VIII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXIX. N. 72.

Provocatus rarissime favore defensionis fruitur. Quid si nobilis provocatus?

Vapulat hic Autor rationibusque utitur, deciso non prorsus respon-

dentibus. Adest enim hic verum homicidium *dolosum*, sive provocatus *necandi*, sive *vulnerandi* causa manus conseruerit, quum priori casu animum occidendi *directum*, posteriori *indirectum* cum *dolo* conjunctum habeat, ut jam docuit Struv. *obs. crim. C.* X. *obs.* II. Franzk. *Lib.* II. *Resol.* XXIII. adeoque nihil hic de excessu commiscendum. Neque obstat ratio ab *ultionis* indulgentia petita, quae non aliter vera, quam si *legitimo modo*, et implorato, ubi haberi potest, auxilio superioris, ultio quaesita, alioquin vitiosa est, et in manifestam *vindictam* degenerat. Uti vero hoc ad provocationem propriam, et quae ex loco *tuto* fit restringendum; ita imbecillitati humanae aliquid dandum, quoties a) in campo *plano* e vestigio suscepta vel b) singularis mentis *excandescentia* aliquem ita praecipitavit ex asylo, ut magis *turbatis*, quam *collectis* cogitationibus, sibi non conscius, prosilierit ad pugnam. Nam priori casu non *provocatio*, uti sibi imaginatur Froblich II. 4, 6 quam *periculi praesentis* oblatio cui insultum inesse antea dixi, concurrit; posteriori justi *doloris* exceptio poenam moderatur, quem in finem repetenda, quae supra *Qu.* VI. proposui saltim vulgaris omnique homicidio capitali cohaerens iracundia, ejus non est efficaciae, ut veniam mereatur per *art.* CXXXVII. *C. C. C.* Maurit. *de Duell.* §. XLVII. Magis dubitari video, an non iis, quibus hodienum ex perversa praxi *honoris* exceptio, occasione *art.* CXL. *C. C. C.* prodest, obtentu hujus, moderamine inculpatae tutelae in *totum*, vel in *tantum* se tueri queant contra factam ob caedem in jus vocationem? Talem speciem in terminis tractat Fichard. II. *Cons.* CX. et nobilem provocatum *bey seinen Adlichen Ehren* ab omni poena absolvit, quasi lege clara munitum, et sic *suo jure* utentem, quoties provocantem trajecerit. In eandem sententiam descendit Lynck. *R.* CXXXV. *N.* X. afferens, *nobili*, et *militaris* conditioni personae omne proprum, ac vituperium, *ignominiosum* esse, leges autem ad declinanda illa concertationem indulgere, consequenter hoc etsi provocati accesserint in relicta versari. Vereor autem ne ista interpretatio Carolinae e diametro repugnet, et limites ab illa praescriptos excedat. Neque imperator honoris defensionem *absolute*, ac simpliciter admittit, aut de quacunque concertatione loquitur sed tantum de ea, quam *insultatio* vel ut dicitur *überlauffen, anfechten*, praecedit, et, in hac demum conditione constitutum, dimittit, si *existimationem* aliter, quam alienum sit ab *ultronea* provocati comparitione ad pugnam, nemo non videt. Praeterea diserte sanctionem ad eum restringit, qui discedere *commode* non potuit et sic ab instanti adversario in loco pugnae praesens obruitur: non vero loquitur de eo, qui praetextu honoris se sistit, et comparet ad provocationem, inter quem, et discedere nolentem notabilis differentia intercedit. Et licet probrum nobilibus metuendum *utroque* casu prorsus sit aequale, non tamen autor essem, ut temere *extendatur*, quod ipse Imperator *restrictum* voluit ad solum casum aggressionis inopinatae, quodque in se *pravae* opinioni ac observantiae debetur, quae parum favoris meretur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXX. N. 42.

Alapa inflicta, non infligenda a defensione aliena. Jura nobilium et militum singularia in hoc articulo.

Justo indulgentior hic mihi videtur Autor, quum nullum, nisi *honoris* periculum, quod regulariter inane est, hic immineat, et vix homicidium existat, quod non praecederet, aliqua offensio, adeoque, hoc posito, *omnia* prope modum homicidia a poena capitali eximenda essent, quod asserere nefas. Tilesius *de homicid. ob alap.* §. X. Quicquid reo proficuum esse posset, *in doloris* concitatione quaerendum, non in defensionis excessu, qui sine periculo legali inanis est. Sed et doloris ratio multo majora exigit, ad indulgentiam, quam *depalmatio* suggerit, quo fit, ut in dubio hic poenae *ordinariae* insistendum sit. Ad minimum jam *inflicta* alapa nullam aliam, quam *judicialem* vindictam admittit. Maurit. *cit. loc.* §. LVI. sin *infligenda*, et proxime imminet, favor defensionis aliquid participat ab *injuriae declinatione*, quae hic reapse obtinetur, et sic ausus defensioni *propius* accedit, quam illic, ubi magis compensatur, et in vindictam degenerat, quicquid depalmationi oppositum. His non multo dissimile est, quod a *temporis* momento in praesenti specie pendet argumentum, vi cujus vis alapam infligenti, post *intervallum* illata, vindictae subitaneo motu producta, magis repentino *calori* tribuenda, et sic ibi *morte* absolute, hic suo modo *corporali* supplicio expianda Huber *ad ff. tit. ad l. Corn. de sic.* §. VII. Denique nobilium, militiaque praefectorum *melior* in hoc casu est conditio, quibus invasis gravem contumeliam ulcisci, *praxis* facilius permittit, quam extraneis, sive in cansa sint, ut elevatam manum inimici re integra stricto gladio impediant, sive *illatam* depalmationis injuriam vindicent. Stryck *de alapa C.* IV. *N.* XVIII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXX. N. 52.

Fugientem necans non ab omni defensionis exceptione arcendus.

Quod supra dixi, vix defensionem existere, cui non aliquid vindictae ac ultionis mixtum sit potissimum in hac specie verum est. Sed haec vindictae particula plerumque oblitteratur *primo* defensionis statu, seu in quo laesus *ab initio* constitutus fuit, qui dum innoxius, et omni vitio destitutus est, ob intimum cum actibus *subsequentibus* nexum, efficit, ut dandum aliquid sit *praecipitantiae*, quoties in fuga lethalis noxia fugienti illata. Nam, quum difficillimum sit, justissimum dolorem temperare non potest aliunde, quam ex *imbecillitate* humana quae meram *culpam* continet, quicquid vitiosi emerserit, provenire. Quae ratio efficit, ut puniendus quidem, qui alterum hoc rerum statu traje-

jecit, sed *lenissime*, quantamcunque occidendi intentionem ipso caedis momento habuisse perhibeatur. Froel. *c. l. N.* IX. Nam haec quidem, amissis vel substractis aggressori aufugienti armis, vix dubio caret, non tamen sola dirigit funestam percussionem, sed primae defensionis justique doloris ratione temperata, caedis sequutae *moralitatem* determinat. Quare non possum in verba Autoris jurare, qui *N. L.* insultatum, quoties inermem persequitur, ex capite doli ad *mortem* condemnat, nisi ponamus, quod propter longiorem persecutionem tantum temporis intervallum intercesserit, quo percussor *recollectis cogitationibus*, sedatoque impetu, in ea causa fuit, ut *arbiter* actionum factus, sibi attendere, et ausum compescere potuerit, quia tunc non tam defensio continuata, quam per recentem ostensionem *aucta*, et sic revera *novus* actus a parte percussoris susceptus censetur. Hac de re prudens judex ex circumstantiis judicabit, nec tamen, quoties vel ullum *minimum* dubium ea in re emergit, ex ratione imbecillitatis humanae in *molliori* supplicii genere peccabit.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXX. N. 67.

Commodi discessus et fugae an sit differentia? Dedecoris ratio solis nobilibus et militiae praefectis propria. Variae interpretationes art. CXL.

Distinguit Kress. *ad art.* CXL. *C. C. C. p.* 406. inter discessum *eine retirade*, quae *cessim* fit, et fugam, quae *praecipiti* cursu suscipitur, textumque de illo accipiendum perhibet, non de hac, in se quippe periculosa, et ignominiosa, cujus *dubiam* sortem nemo subire tenetur. Vereor autem, ut in *logomachiam* degenerent hi apices, in quibus nec legislator, neo interpretes hactenus occupati fuerunt, quique ad rationem decidendi nil conferunt. Dubito enim an JCtis dum de obligatione ad *fugam* quaesiverunt, in mentem unquam venerit in praecipitato cursu *unice* subsistendi; quin potius omnes in eo conveniunt, ut *commodam* asyli occupationem, ab *incommoda* ac *dubia* sollicite distinguendam existiment, et sic de *utraque* specie *fugae* ac *discessus*, prout circumstantiae facti illius aut hujus commodam applicationem suadent, promiscuae agunt. Et licet fuga proprie sic dicta ob incertam aut felicem ejus executionem plerumque minus *consulta* sit, discessus vero *securior*, id tamen nil aliud infert, quam utramque speciem solo *gradu* differre, rem ipsam, de qua hic quaeritur, mutare nec quicquam. Taceo, discessum non magis *ignominiosum* esse, quam fugam: periculum vero et difficultatem executionis utroque casu abesse, et adesse posse. Mihi videntur omnia a commoda, et *probabili*, vel *dubia* cedendi conditione pendere. Id enim docet particula *füglich* et *vitiosam* esse evincit, moram invasi, ubi sine discrimine aut discedere, aut fuga sibi consulere potuit; contra *justam*, ubi loco cedere non nisi cum difficultate, et periculoso integrum fuit. Sane fuga nonnunquam nihil difficultatis habet si equo insidens, a pedite ita invadi-

tur, ut commodissime tergum vertere queat; contra discessus saepe *difficillimus*, si adversarius furibundus procurrit ejusque indolis est, ut occupato licet a cedente asylo, parum cohibeatur ad aedes effringendas, et munimenta rumpenda, ubi *periculum* discendentis aucto aggressoris furore, magis *augetur*. Hinc fit, ut si periculum vitae imminet, non magis fuga, quam discessus quid relevet, nisi qualitas utriquc cohaerens aliud suadeat. Quid vero, si *honoris* conservatio obtendatur? ponamus, discessum fuisse *commodum*, et securitatis plenum, sed ejus omissionem sola *existimationis* manutenentia legi? Dum hominem vitae periculo objectum suppono, patet quaestionem non tam de sola honoris exceptione esse, de qua postea, sed de eo casu, utrum armis lethiferis invasus, ideo, quod honoris commentum, neglecto discessui praetexat, ab excessu se liberare, et non minus, quam si pleno moderamine usus fuisset, absolvi debeat? *Excessum* hunc esse, ac tantum *extraordinariam* poenam reum incurrere, dubio caret, quia insultus adversarii eundem satis munit contra capitalem poenam; sed an is excessus plene compensetur *ignominiae* allegatione, et in veram defensionem degeneret? potissimum in quaestione est, et ab indole hujus exceptionis dependet. Etenim oppositio *art.* CXL. *C. C. C. ehr und guter Leumuth* totidem verbis *art.* CXLII. repetita in se interprete non indiget, nihilominus crucem fixit doctoribus, circa quaestionem in qua *specie* usum habeat? et num *omnibus*, an certae *conditionis* hominibus prosit? Sententias varias eam in rem collegi in *El. jur. crim. Sp. II.* §. CCVIII. quae tamen quoad maximam partem non stringunt. Autoris nostri interpretatio *N.* LX. proposita nullam veri speciem habet. Uti enim non repugnaverim eorum defensorem agere, qui ex fide data ad opem ferendam *periclitanti* succurrunt; ita his magis periculum *vitae*, in quo invasus constituitur, quodque tertio cuicunque, prodest, causam caedis tuetur, non *honoris* dispendium, ad quod, cur posito priori, confugiendum sit, non video. Nam sine vitae, vel corporis periculo ejus, qui invaditur, vix fingi potest casus, ubi non hujus, sed solius *tertii* honoris dispendium in censum venire posset. Taceo, imperatorem, qui normam *generalem* praescribere voluit, de solo casu *specialissimo* vix cogitasse, nec cogitare potuisse, dum, honoris allegationem interserens, de dedecore *des benöhigten* loquitur, quod praedicatum in *tertium* vix cadit. Alia enim quaestio est, an tertius ex justa defensionis causa, invaso propria, invadentem prosternere possit, quod supra *Qu.* XXVIII. *obs.* II. propugnavi; alia an is ad declinandum dedecus *proprium*, invasum sanguinolentis ictibus impune defendere possit? Ejusdem commatis sunt ceterae explicationes, quarum illa, quae *indistincte* honoris allegationem ex mente Richteri *P.* V. *N.* XXXVIII. probat, intentioni imperatoris, discessum non *absolute* probantis, repugnat, teste Kressio *ad art.* CXL. §. I. *N.* II. Quae *nationum* discrimen facit, Germanorumque causam, teste Besoldo *Cons.* CCXC. *N.* XXX. Fichard *Vol.* III. *Cons.* XXXVIII. *N.* XVII. tuetur, Italos aliosque ab hoc beneficio arcet, et ridicula est,

quae *claros*, et *obscuros* secundum doctrinam MAURITII *de vit. defens.* §. XXI. distinguit, vel aestimationem dedecoris imminentis *arbitrio* judicis cum KRESSIO submittit, fragilis, et infinitis in applicatione dubiis involuta, imprimis si de *mediae* conditionis homine quaestio est, qui nec illustribus accensendus, nec tamen ad infimam classem pertinet. Quae de *marito*, adultero deprehenso manus injiciente, vel foemina *pudicitiam* suam tuente, circumfertur, etsi in se juri conveniat, verba art. generalia non exhaurit. Si recte conjicio, videor mihi rudera juris *Germanorum manuarii* in hac legis parte reperisse cum BERGERO *art.* CXL. *Pos.* III. quae post reductam pacem *publicam*, eo minus penitus eradicari potuerunt, quo magis digladiandi morem cum annexis alta mente majoribus infixam fuisse, novimus. Et uti *insidiosas* ac perfide susceptas caedes, in quibus nil *artis*, vel *fortitudinis* positum angue pejus fugiebant; ita *gloriosum*, *et honorificum* sibi ducebant, aperto marte coire, dedecoris nota iis imposita, qui injuriam passi, loco cedere mallent LUDEWIG *de diff. jur. Lusat. et communis diff.* XXX. Pertinet itaque opinio turpis discessus ad jus manuarium in *genere*, non unice ad *singularia* certamina, ex condicto suscepta, adeoque non mirandum CAROLUM V. his principiis tinctum, honoris commentum etiam in *repentina* colluctatione, ad quam hic *art.* pertinet, admisisse. Haec si perpendisset KRESSIUS, non habuisset, cur BERGERUM vellicaret, et sola dissimilitudine *duellorum*, ac *improvisarum* invasionum, fontem praesenti sanctioni a BEIERO assignatum, improbaret tametsi inficias non iverim, melius, et planius BEIERUM facturum fuisse, si in jure manuario *generatim* substituisset nec duellorum tantum meminisset. Quae si vera sunt, vix est, ut *hodie* usum pragmaticum sit habitura *honoris* conservandi exceptio, principiis pristinis per statum *judiciorum* modernorum penitus explosis, ac oblitteratis. Solos *nobiles*, et praefectos *militum* excipio, quibus adhuc hodienum haeret *praeconcepta* opinio, quasi nefas sit, aut inultam relinquere injuriam, aut ubi data occasio coeundi, tergum vertere. Nil enim magis solenne est, quam digito eos, si discesserint monstrare, a consortio excludere, ludibrio habere et nescio quot vexas contra illos excogitare, ac tandem eo adigere, ut vel munus inter milites deserant, vel a coitionibus publicis inviti se segregent, quasi derelicti ac notati viventes. Ita, inquam, vivimus, nec spes est, medicinam praeparatum iri huic malo, quod ipsa edicta duellica gravissimis poenis munita, eradicare non potuerunt. Qui ergo vitio vertendum hujus conditionis personis, si inevitabili malo adducti, magis suae integritati invigilare quam ludificationibus et sarcasmis aliorum se exponere maluerunt. Et quae ratio judicem movere poterit, in re tam *ancipitis* fortis, grave supplicium iis parare, qui antevertere majus dedecus, quam discedere consilium capiunt? Atqui talem agnoscunt plerique JCti, et nobilibus pariter ac militiae praefectis, repentina invasione in hanc necessitatem conjectis, frui jubent *honoris* conservandi exceptione. Qua in re lex Carolina cit. loc. non obscure iis suffra-

gatur, quae quum non *omnibus* in universum hac exceptione consultum ivit, sed in conditionem *singularem* hominum concepta commode de iis accipi potest, in quos, deficiente alio fundamento legali, ex opinione communi probrosus fugae metus adhuc cadit, seu quibus conditio metuendi dedecoris quam maxime convenit. Spekhan *Cent.* III. *clas.* II Rhez. *de jur. necess. defens. c.* IV. *N.* XIII. Berg. *El. crim. P.* I. *p.* 265. Bluml. *ad art.* CXL. *C. C. C. N.* IV. B. Parens *T.* II. *dec.* MCLXV. Olim certe haec lex praecipue *nobilium* fuit, qui jure *gladii* condecorati, et nobilitate generis ad id nati credebantur, ut hoc symbolo se ab aliis discernerent, et nihil omitterent, quo se ista praerogativa dignos redderent. Quumque animi levitas ac imbecillitas fortitudini contraria sit, non poterant non graviter notare eos, qui injuriam gratis potius pati, quam ense repellere mallent, adeo, ut haec philosophia adhuc seqnioribus temporibus ansam dederit judicis *heroicis*, in quibus de *injuriis nobilium* passim actum fuisse novimus, docente Ludewigio *c. l.* unde haec singularis equestris ordinis conditio sufficiens ratio est suspicandi, imperatorem in favorem eorum, quibus jus gladii, quasi connatum est, unice haec disposuisse, adeoque menti legis convenienter agere qui ad illos *solos* eam restringunt. Reliqui quocunque demum ordine corruscant in civitate, non habent, cur opprobrium ex omissa ultione metuant, nisi ex vanis vulgi vocibus, quae brevi tempore plerumque evanescunt. Neque enim *ordine* suo moventur, nec ex *collegio* ejiciuntur, adeoque mea quidem sententia cum nobilibus, et militiae praefectis fatum et jus commune non habent.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXX. N. 18.

Honoris periculum etiam ad solas injurias pertinet. Pudicitia caede stupratoris defensa. Etiam tertius pudicitiam recte defendit.

In hac specie de solo *honoris* periculo quaeritur, unde operae pretium erit indagare, an hoc militaris conditionis personas excuset a caede, si quam, in tali conditione constituti, commiserunt, quantumvis membrorum vel vitae periculum haud metuerint? De *invasis* quaero: nam de *provocatis*, quoties ob conditionem militarem ad honoris exceptionem confugiunt actum *Qu.* XXIX. *Obs.* V. et *Obs. praeced.* Et eodem modo excusare asserere non vereor, siquidem eos *invasos* esse sufficit, praeterea iisdem opprobriis; quae antea retuli, implicantur, adeoque aequum est, ut eodem jure utantur. Neque turbare nos debet invasio *mit einen tödtlichen Wehr* quam imperator supponit, siquidem iste *qualitatis* adjectione opus fuit ad limitandam solam defensionem, ex *vitae*, vel *membrorum* periculo susceptam, quam velut *praestantiorem*, licet cum aliis speciebus conjunctim, hic exponit Imperator, praeterea honoris discrimen *disjunctive* cum vitae, et membrorum dispendio admissum, satis arguit textum praecise de mutilatione, vel destructione imminente, ad quas

opus armis lethiferis non unice accipi, sed etiam tunc a militaris conditionis personis in partes vocari posse, quoties *solius ignominiae* declinandae causa, si id aliter fieri nequit alterum prosternunt. Hinc per se fluit, defensionem non ad *illatam*, sed *imminentem* injuriam, in qua sola honor *periclitatur*, applicari posse, consequenter nec contra *verbalem*, nec contra *realem* jam *illatam*, quibus non tam defensionis, quam *doloris* ratio suffragatur, usurpari, sed eo solo casu applicari posse, ubi quis manu *elevata*, vel baculo *apprehenso* in alterum irruit, eumque in illam conditionem collocat, ut aut *ignominiosos* ictus pati, aut *lethiferis* armis retundere teneatur.

Eadem prorsus ratio est defensa *pudicitiae* per necem stupratoris violenti. Justitiam hujus defensionis jam dudum melioris notae JCti agnoverunt, usque adeo, ut textum, in verbis *Ehr und guten Leumuth* de ea accipiendum esse docuerint *vid.* Matthaei *de necess. homicid.* §. *XXIII.* Quae interpretatio, licet paululum contorta videatur, non ideo tamen deserenda est sententia, quae *honestae* virgini, ad *extrema* provocanti *sentent.* favet. Paulus manifeste causam ejus agit *Lib.* V. *Tit.* XXIII. cui gemina est *l.* I. §. 4. *ad l. corn. de sic.* Neque aliud ratio juris Carolini suadet, quae *honoris* defensionem probat, qualis in hac specie non tantum manifesta, sed multo majoribus, quam in casu praecedenti, nititur rationibus. Praeterea *impunitum* jubet homicidium adulteri *art.* CXLII. *C. C. C.* cui *aequalis* pudicitia expugnatio inest. Denique ipsa qualitas stupri violenti conspirat *art.* CXIX. *C. C. C.* quod sua natura non nisi *morte* expiandum, adeoque recte concluditur: si stupratorem *post* peractum facinus capitale supplicium sustinere justum, nulla injustitiae labe laborare potest lethum stupratori violento illatum, per quod *imminens* pudicitiae amissio *conservata* est. Nam plus favoris utique comitatur actum qui, cujus amissio imminebat, *integrum* jus servat, quam qui *amissae* rei qualem qualem expiationem comprehendit. Idque tanto magis in hac specie concludit, si *atrocitatem* injuriae respexeris, quae si ab aggressore expleta, *restitui*, nequit, sed damnum *irreparabile* infert. Taceo alia ex omnibus jurisprudentiae partibus petita argumenta, quae sedulo collegit ac huic sententiae cumulatissime satisfecit. Traugott. Thomasius *in specimine*: *an contra stupra loc. hab. moder. incul. pat. tutel. vid.* Maurit. *de duell.* §. XXIII. Bluml. *ad art.* CXL. *C. C. C. N.* V. Id modo repetendum censeo periculum non vanum, sed praesentissimum etiam in hoc specie requiri. *Armis* ut fiat aggressio, opus non est. Nam manus, et robur naturale, eorum vicem facile supplent, si stuprator talis fuerit, qui solet et potest *infamem* injuriam inferre, in quo haec species cum *bonorum* defensione coincidit, et a caeteris supra expositis differt, ut infra docebo. Unde aeque excedere potest foemina, quae vel *vano* metu correpta, vel alio *defensionis* genere tuta, temere ac imprudenter ad funestam necem provolat. Plane *illato* jam stupro, si quid tale tentatum, omnis defensionis ratio exulat, et sola justi *doloris* exceptio factum

temperat. Facilius excusabitur *tertius*, oppressae foeminae suppetias ferens, cum idem circa *vitam bonaque* alterius indulgeat carolina *art.* CL. *conf.* Kress. *ad cit. art.* §. I. *N.* II.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXI. in fin.

Tempus durantis periculi distinguit moderamen ab ejus excessu.

Tempus durantis adhuc periculi, qui negligit, in ea causa est, ut expedire salutem potuisset, si voluisset. Quum vero, in cujus potestate fuit, hoc facere, ad internecionem, tanquam remedium mere *subsidiarium* confugere nequeat, per se patet, ex hac inconsulta internecione non posse non grave *imputationis* momentum peti. Vis imputationis tota *adurante*, vel depulso *periculo* pendet, adeoque ad hanc classem non tantum pertinent, qui sedata altercatione, sua sorte haud contenti, ad *novam* aggressionem provocant, verum etiam, qui aggressorem *fugientem*, citra omnem necessitatem prosternunt: ut paulo ante observavi. Nam utrique tempore ad defensionem dato abutuntur, idque justo *longius* protrahunt, media expediendae salutis ordinaria, et *securiora* vero negligunt. Nominatim in casibus hic propositis ad spatium temporis quo concertantes ab invicem depulsi, denuo congrediuntur, respiciendum, num tale fuerit, ut atrociter laesus interea moderari iram, potuerit nec ne? Richt. *P.* V. *Cons.* VIII. *N.* VIII. *seq.* Froel. *c. l. N.* X. Quod non aeque ubique lance ponderasse scabinos, observat Berger. *El. crim. p.* 107. dum modo eum, qui percussus in terram cecidit, tandem reversus aggressorem necavit, *capite*, modo ei, qui aggressorem, a quo percussus fuerat praeterlapsa hora dimidia post offensionem expectans cultro perfoderat, *fustigationem* dictarunt, ut ex collatione N. XXXIII. et XXXV. apparet. Caeterum si *notabile* fuerit interstitium primae et secundae offensionis, ita, ut posterior ad *continuationem* prioris referri nequeat, sed vere *novum* plane actum constituat, omnis color excessus corruit, et solus *praetextus* defensionis allegatur, adeoque alia, quam poena *capitalis* locum habere nequit. Admittit ipse Autor hancce vindictam, sed principiis suis de excessu occoecatus, hic *defensionis excessum* comminiscitur, quod sine contradictione fieri nequit quum sola poena capitalis arguat defensionem hic exulare, crimenque solo praetextu defensionis tegi. Praeterea omni excessui inest qualis qualis ratio, qua *excusatius* peccatur adeoque cum poena *capitali*, quae illius *absentia* supponit, simul subsistere nequit. Quantum perversa haec de excessu idea doctrinam praesentem depravare possit, vel solum exemplum apud Lynckerum *Vol.* II. *Resp.* CLXX. docet, ubi is praetextu excessus causam ejus perperam tuetur, qui *olim* lacessitus post integrum *annum* adversarium denuo pugno aggressus erat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXII. N. 36.

Defensio justa ob imminens bonorum amittendorum periculum. Limites ejusdem.

Qui circa violentam *bonorum* defensionem haesitant, variis stipati esse solent rationibus, inter quas pleraeque *elumbes* sunt, paucissimae *veri* speciem habent. De illis non vacat quid scribere, quum huncce laborem occupaverint alii, videamus ergo de his, quarum *duas* esse, observo. *Prima* ex jure civili petitur, quod furem *nocturnum* ita demum impune interficere permittit, si sine periculo ei parcere occisor non potuit *l.9.ad l.corn.de sic: diurnum*, si se *telo* defendit *l. 4. ad l. aquil.* Hub. *ad ff. Lib.* XLVIII. *Tit.* VIII. §. IX. *Altera* in ipsa moderaminis inculpatae tutelae indole, solius *vitae* periculo propria, collocatur Schwendendorff *de jur. priv. defens.* Ex priori vulgo ita argumentantur: si furem *periculosum* tantum cum nece repellere licet, id minime in furto *qua tali* hoc est, ob solum *bonorum* dispendium, quo cum simplex damnum, non aeque *periculum* connexum est, locum habebit. Major utique clara, sed falsa hypothesi nititur, et sic minor ubique vacillat. Quod enim in *cit. l.* 9. de periculo disponitur praecise non ad *personam* ejusque vitam, sed aeque ad *bonorum* dispendium referendum est, ut sensus sit: non aliter furem nocturnum occidi posse, quam si *periculum* generatim sive vitae, sive bonorum amittendorum vere adsit, utpote si vel telo contrectationem factam tuetur, vel in fuga jam occupatur: Secus vero dicendum si clamore terretur, vel absque contrectatione, aut abjectis rebus surreptis, aufugit. Nisi forte quid, et quantum ablatum dominus ignoret, et exonerando sclopetum furem trajiciat, quia in *dubio* periculum huic contrectationi cohaerere, ex ratione *nocturni* temporis censetur. Eodem modo *lex cit.* 4. accipienda. Licet enim Autor *N.* XX. rationem diversitatis in eo quaerat, quod in fure diurno ex usu, vel non usu teli demum discerni possit, utrum ad *occidendum* an *furandum* unice accesserit, ea interpretatio tamen mihi non satisfacit, quum non tam *animus* occidendi, qui difficilius cognosci potest, quam sola *securitas* sui, vel rerum suarum fundamentum defensionis violentae constituat, consequenter *rerum* amittendarum periculum sufficiat, quoties illae non aliter, quam telo opposito servari possunt. *Altera* falsa opinione, quasi moderamen inculpatae tutelae non nisi *vitae* conservandae medium sit, nec sine ejus periculo concipi queat, nititur. Nam solidam rationem desidero, cur moderamen illud pro indole *objecti* periculi accipi nequeat. Involvit certe id nihil aliud, quam innoxiam defensionem ejus, quod alia via reparari nequit, sive sit *vita*, sive *aliud*, cujus custodiam leges indulgent. Et *l.* 1. *C. Unde vi*, quae appellationem *moderaminis inculpatae tutelae* suppeditat, de sola bonorum non corporis defensione agit, adeoque actum agunt, qui verbis ludere, et

ex eo, quod plerumque pro vitae tuitione licitum esse judicatur, ineptum judicant moderamen, ubi sola *bona* in discrimine collocantur. Rectius mihi rationari videntur, qui pro justitia hujus defensionis pugnant, pro qua omnes leges conspirare, palam est. Ut enim *recta rationis* consensum a solo Puffendorfio *de J. N. et G. Lib.* II. *c.* V. §. XVI. satis luculenter demonstratum, silentio praeteream, locupletissima testimonia cum ex jure *divino*, quod furem nocturnum *simpliciter* occidere permittit, Exod. XX. 2. tum ex jure *romano* in promtu sunt, quod non tantum in *cit. l.* 1. hocce moderamen tuetur, verum tuendae privata autoritate *possessionis* causa extrema indulgent *l.* 3. §. 9. *de vi et vi armat.* et auxilio magistratus *praesenti* destitutis *sibi jus dicere* contra aggressores, eosque persequi concedit *l.* 10. §. 16. *quae in fraud. credit.* id quod omnino cum *effectu*, pro indole periculi, accipiendum. Multo evidentior adhuc est sanctio *Carolina*, quae dum pro defensione *bonorum* ad *tertium* pertinentium, impune alterum interficere, permittit, non potest non id probare, ubi *propriarum* rerum custodia, quam natura cuiquam commendat, periclitatur.

Suppono tamen etiam in hac specie aggressionem *improvisam*, et *praesens*, nec alio remedio avertendum bonorum *periculum*, quum nulla ratio dari possit, cur, quae ipsius vitae defensionem limitant, in hac specie negligi debeant? Qua de causa 1) res *mobiles* tantum hic in censum veniunt, non semper quidem, sed tunc tantum, si ab homine *ignoto*, et contra quem nullum suppetit *auxilium judicis*, impetuntur: nullo modo *immobiles*, quarum amittendarum *nullum* tale adest periculum, cui reparando medium *ordinarium* deficeret, Theod. *colleg. crim. pag.* 1532. Tum 2) *qualitas* rerum haud negligenda, ne sint vilissimi pretii, et quas potius contemnere par est, quam tanti redimere. Cui interpretationi, etsi nulla lex positiva, *recta* tamen *ratio* manifeste suffragatur, quandoquidem ipsum, quod metuitur, dispendium, ex ipsa rerum necessariarum, ac utilium qualitate determinationem accipit, et tunc demum cum probabili ratione allegari potest, quum res ad vitam *commode* ac *feliciter* transigendam pertineut, de quo judex ex persona *laesi*, ejus *patrimonio*, *familia*, similibusque *circumstantiis* judicabit. conf. Berg. *El. jur. crim. P.* II. *obs.* CC. Kress. *ad art.* CL. *C. C. C.* §. VIII. et ipse Autor *N.* XXXVI. Praeterea patet, 3) *excessum* hic eodem jure, et eo facilius committi posse, atque extraordinariae coërcitioni subjacere, quo difficilior plerumque ablatio, cui non posset *medicina* innoxia applicari. Hunc in finem *acclamatione* tum contra instantem, tum contra fugientem furem opus, ut obs. seq. docebo, qua neglecta ejus prostratio non ex *omni* parte licita est. Interim natura hujus moderaminis hoc *proprium* ac *peculiare* habet, quod a) *armatam* invasionem non requirat, sed *simplici* contenta sit, quarum quaelibet periculum, et quidem tale, cui non aliae, quam *lethifera* opposito sufficit, suggerere potest prorsus ac in defensione pudicitiae, quae id cum praesenti commune habet, contin-

git. Qua ratione motus, *aufugientem* furem rerum recuperandarum causa prosterni posse, defendere cum Kressio *c. l.* §. VII. et Autore *N.* XXXI. non dubito, maxime, quum in hac specie demum concurrere soleant fundamenta veri periculi, eique connexae *licitae* internecionis b) quod *discessus commodi* ratio hic prorsus exulet, observante Kressio *cit. l.* §. VI. et hoc solum, an via *molliori* bona defendi potuerint, spectetur. Nam discessus non in se sed quia *tutum* expediendae salutis medium constituit, pro avertendo vitae periculo requiritur, quo respectu cessante, quemadmodum hic manifestum est, de illo quaerere, stolidum ac ineptum est.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXXII. N. 41.

Caedes furis nocturni licita post acclamationem.

Paulo liberaliores fuerunt *decemviri* in toleranda furis *nocturni* internecione, adeo, ut *quoquo modo*, teste Cicerone *pro Milone*, vel *omni modo*, ut habet Ulpianus apud *Autorem collat. LL. Mos.* et *Rom. Tit.* VII. §. III. eam permiserint, et Paulus ibidem tantum *melius* facturos, qui furem comprehensum apud magistratum deferrent judicaverit. Sed *restrictiones*, quarum Autor N. XXXVIII. mentionem facit, *postea* legi addiderunt JCti, ad *refraenandos*, quorum caedens facile reus fieri potest, *excessus*. Inter quas primum locum tenet *acclamatio*, quippe quae demum, si frustra tentata, argumentum periculi praesentis constituit. Eoque respiciunt verba *art.* CL. *gefährlicher Weiss*, quae ex natura rei aliter, quam de *periculosa* deprehensione accipi nequeunt, perinde ac eodem sensu usurpantur *art.* CLIX. *C. C. C.* Unde ex *l.* 4 *ad l. aquil.* merito supplendus *art.* CL. *C. C. C.* et si de *acclamatione* ut plerumque fit, non constat, reo *purgatorium* dictandum, de quo praejudicia habes apud Hornium *c. l.* XV. *N.* I. et B. Parentem *T.* II. *Cons.* MLXXI. *conf.* Jo. Jacob Müller *de occis. fur. nocturn.* Interim facile assentior Schiltero *Ex.* XLVI. §. XLIX. idem ad quemcunque *adulterii*, *homicidii*, vel *proditionis* causa aedes in tenebris introeuntem, applicanti.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXIII. N. 6.

Confessio qualificata probationem qualitatis in reum devolvit, quoties ei praesumtio resistit.

Occurrit hoc casu confessio *qualificata*, de qua in vulgus notum, quod pro *parte* acceptari nequeat, sed instar negationis valeat, et onus probandi in actorem devolvat, nisi praesumtio juris ei resistat. Quum vero omne homicidium *praesumatur* dolosum, non potest non reus, qui caedem fatetur, sed de defensione excipit, hanc *probare*, aut mediis veritatem debito modo

elidere, ceu in simili specie edixit CAROLUS V. *art.* CXXXI. *C. C. C.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXXIII. N. 16.

Peracta probatione delicti, reo se defendere integrum.

QUAE Autor in sequentibus circa fatalia *N.* XII. seq. proponit, vera et in recta ratione fundata sunt, quae vix admittit, ut sanguis humanus apicibus juris exponatur. Ea vero propositio, cujus hic mentio injicitur, male ab Autore *N.* X. defensionis favori tribuitur, quin potius ex ipsa natura *processus* fluit, quum defensio vicem *reprobationis* subeat et deductionem exceptionum peremtoriarum contineat. Sicuti autem, his litis contestationi negativae annexis, in causis *civilibus*, peracta probatione, reo integrum est ad earum probationem se accingere: ita in *criminalibus*, accusatorio processu instituto, idem multo magis juris esse debet. Non ergo opus est, hic jus *singulare* fingere, aut ad *favorem defensionis* recurrere, quem plus aequo extendere, interpretibus admodum familiare est.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXXIII. N. 26.

Defensionis probatio ad tria requisita extendenda. Distinctio Mauritii et Rhetii examinatur.

TEXTUS hic allegatus, cui accurate jus *Tyrolense* respondere, ac omnium requisitorum *probationem* exigere, testis est FROELICH *c. l. tit.* V. *N.* II. tam clarus est, ac evidens, ut interprete vix indigeat. Quare nihil est quod sententiae Autoris cum effectu opponi potest, cui etiam ratio juris suffragatur, quae non probat *sectionem* circumstantiarum, ad *essentiam* exceptionis cujusdam pertinentium, quarum alterutra demta, exceptio ipsa non potest non concidere. Defensionis exceptio sua natura talem allegationem involvit, qua non tantum *minuitur* reatus homicidii, sed prorsus *eliditur*, et qui illam opponit, hoc agit, vel agere debet, ut se ab omni omnino imputatione liberet. Opus ergo est, ut ejusmodi argumentis instructus sit, quae defensionem exhauriunt, et *plenariam* liberationem producere possunt qualia a concursu *trium* requisitorum supra expositorum *unice* pendent. Secus qui fecerit, et solam tantum *aggressionem*, non aeque *reliqua* momenta, probare poterit, magis speciem defensionis, quam defensionem ipsam allegat eaque appellatione non in sensu vero ac stricto, sed vago, ac generali utitur, quo etiam is qualiter qualiter se *defendere* dicitur, qui verum *excessum* committit. Uti vero excessus defensionis ab ipsa defensione longissime abest, ita illo probato hanc probari, asserere, absurdum est. Videtur itaque *indeterminata* defensionis acceptio sola causa hujus dissidii fuisse, quod vix forum occupasset, si defensionem, ea qua par est, ratione determinassent, ac defensionis *plenae*, et *minus plenae* distinctione usi fuissent interpretes. Qua in re nil vi-

deo, quod eos retrahaere potuisset, modo legislatorem presse sequuti fuissent, qui iterata vice *art.* CXLII. *C. C. C. einer rechten und gäntzlichen Nothwehr* meminit, certo indicio, non omne factum expediendae salutis causa susceptum, *defensionis*, seu talis moderaminis, quod *impunitatem* producit, nomen mereri, sed dari quidem, ex quo spes plena liberationis effulget, simul vero aeque dari, cui non alia, quam *diminuendi* reatum efficacia inest. Quicquid hic oggeritur in *art.*CXLII. *C. C. C.* ejusque verbis, *so ist die Nothwher durch den verklagten Todtschlager ausgeführet.* reconditum est. Sed *civiliter* haec verba intelligenda, et non de tali deductione, quam *plena* absolutio subsequitur, sed ea, quam substrata materia, hoc est *minus plena* defensio in hoc art. unice exposita, prae se fert, capienda. De illa quantum satis egerat Imperator *art.* CXL. et CXLI. *C. C. C.* ergo non opus erat, eam ter quaterque repetere. Neque etiam id egit in *art.* CXLII sed per totum articulum occupatur in exemplis *minus plena* defensionis exponendis, adeoque regulae interpretationis suadent, ut verba supra allata pro *substrata materia* capiantur, quod etiam proxime sequentia *nicht alle Umstände die zu einer gantzen entschuldigten Nothwehr gehören* satis evincunt. Nollem enim textum cum Mauritio *c. l.* §. XXXI. ad casum, ubi actor *sponte* probationem deficientium requisitorum suscepit, restringere. Quid enim interest, utrum hoc ultro, an jubente sententia judicis faciat, si reus factum fatetur? Haec sane *confessio* reo necessitatem elidendae sinistrae praesumtionis imponit, a qua is ultronea probationis affectatione, ab actore suscepta, haud liberatur, sed tamdiu in nexu manet, donec vel in totum, vel in tantum allegatam defensionem deduxerit.

Non majorem veritatis speciem habet doctrina Rhetii *cit. l. cap. fin. N.* V. qui distinguendum monet, utrum reus necessariam *defensionem*, an *moderamen inculpatae tutelae* allegaverit? *illo casu* probata *aggressione* cum *periculo* conjuncta, ultimum *praesumptive* probari, nec opus esse, probatione *impossibilis* discessus, aut defensionis *in continenti* factae, sed sufficere ab accusatore hujus posterioris circumstantiae *contrarium* non esse probatum: hoc casu reum *implicite* allegare, se legitimo modo vim propulsasse, et sic in forma *necessariae* defensionis se fundare, cujus consequens ejus *plena* probatio. Enim vero non video, *aliam* notionem *necessariae* defensioni (si haec, ut decet, in sensu *proprio* accipitur), *aliam* iterum *moderamini inculpatae tutelae* cohaerere. Utraque appellatio ad *idem* tendit, et formam legitimae defensionis comprehendit. Sive ergo ad illam, sive ad hanc provocetur, in ista *forma* reum se fundare necesse est, quo non facto, non tam defensione, quam ejus *schemate* se tueri intelligitur. Accedit quod nulla alia quam *juris* praesumtio a probatione liberet, talis vero ex sola aggressionis et periculi probatione non oritur, nec alia praesumtiva probatio, quantaecunque efficaciae fuerit, ad plenam liberationem,de qua hic quaeritur, per se sufficit. Omnium minime *bonitatis* praesumtio probationem sup-

plet. Nam etsi haec magnae efficaciae sit, perdit tamen fere officium suum, quoties *speciales* praesumtiones in contrarium concurrunt, quales sunt, quae ex *confessione* caedis emergunt, in collisione autem *specialis* et fortior praesumtio semper vincit *generalem*, tanquam debiliorem. Quare parum proficiunt, qui probationi moderaminis in *totum* bonitatis praesumtionem objiciunt, vel ea in *tantum* utuntur ad declinandam ultimi requisiti probationem. Sunt, qui verbum *nach Erfindung der That art.* CXLI. captant, speciemque, ubi reus factum ab initio negavit, sed *temeritatis* postea convictus est, supponunt, existimantes, reum tunc in poenam *contumaciae* omnia requisita probare teneri; e contra a probatione relevari, si mox caedem, opposita exceptione confessus est Oldek. *T.* IV. *Obs.* IX. Verum isthaec verba nil nisi corpus delicti, ejusque certitudinem denotant, et quomodocunque confessum reum, sive ab initio cespitaverit, sive non, arguunt, nec movent, ut a communi interpretatione articuli recedatur, ceu Kress. *ad h. a. §. f.* solide docuit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXXIII. N. 45.

Insultus testibus probatur, reliqua juramento diluuatur.

Quoad modum probandi facilius reo subveniri posse crediderim in tanta praeprimis difficultate, quae probationem, si *eodem modo* ad tria requisita dirigenda esset, circumstant. Fac invasionem periculosam, et arma lethifera testibus probari, circa discessum commodum, vel in genere circa quaestionem, utrum *aliud* expediendae salutis medium in promtu fuerit, testes deficere, sive quod *tenebrae* obstiterint, sive quod colluctatio longius, usque in locum *solitarium* protracta, ut nemo de *momento* vulneris illati, quicquam certo deponere queat. Tunc certe probationem *ultimae* circumstantiae supplebit *juramentum*, reoque ad *plenam* probationem perficiendam proderit. Talis namque probatio periculosae *aggressionis* plena, *semiplenam* veri *moderaminis* probationem continet, de qua, si constat, juramento decisorio res definienda. Unde 1) *praecise* non requiritur, ut omnia momenta *testibus* probentur 2) juramentum, de quo disserui, non *purgatorium*, sed *suppletorium* est, sub hac formula *würde Inquisit vermittelst Eydes erhalten, und dass er sein Leib und Leben anderer Gestalt als durch die geschehene Verwundung nicht retten können in supplementum schweren* injungendum, si testes producti sunt omni exceptione majores, reusque vir *bonus*, et optimae *vitae*. Sin probationes *leviores*, quas favore defensionis non omnino rejiciendas, vulgo perhibent; ut Autor *N.* XL. ipse docuit, facilius *purgatorium* admiserim, cum Struvio *de vind. priv. c.* IV. §. VIII. *N.* VIII. Neutro vero praestito, quasi ex *culpa* manifesta mox extraordinaria poena reo imponenda.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXXIII. N. 55.

Praesumtiones pro reo aggressore vel invaso a statu morali et physico, loco conflictus, vulneribus illatis armis, motivis, commodo sperato petendae. In collisione ad torturam, purgatorium, poenam extraordinariam, vel absolutionem ab instantia recurrendum.

Si testes desunt, non mox, rejecta defensionis exceptione, reus *condemnandus*, quum his non obstantibus vera esse allegatio, et sic non jus, facilius probatio deficere possit. Hunc in finem religionem judicis instruit Carolus V. variarum *praesumtionum* suppeditatione, ut is inquirat, utri magis credendum, *accusatori*, caedem dolosam asserenti an *reo*, in necessaria defensione se fundanti? De quo, quum melius, quam ex *nexu*, et *violentia*, vel *debilitate* praesumtionum judicari nequeat, regulae de *verisimilitudine* merito omne punctum ferunt. Harum quaedam sunt *generales*, veluti quod ab eo, quod ut *plurimum* sit, conjectura sit capienda; quaedam *speciales* ex ipsius *facti* praesentis circumstantiis petitae, prouti ad inferendam, vel elidendam defensionem sunt aptiores. De utraque specie cogitasse Imperatorem, docet *art.* CXLIII. *C. C. C.* ubi primo loco in *statum* ipsius rei, bonum vel malum praesagium suggerentem, inquirere jubet, cujus praedicatum *guten und bösen* satis arguit textum de *morali* accipiendum esse, quippe qui optimus *animi* character est, ex ipsa vivendi ratione, et actionibus, tanquam consequentiis ejus, quod in *mente* reconditum, inducitur, imo ad regulam de eo, quod utplurimum fit, referendus. Uti itaque is, qui hactenus *rixosus*, in colluctationibus non modo facilis verum etiam famosus, gravissimam contra se praesumtionem, quod *rixae* pugnaeve, occasione cujus quem ab eo caesum esse constat, fuerit vel *autor*, vel injustus *executor*; ita e contra testimonia de vita *bene* ac *pacifice* ante acta *ultronea* aggressionis, praesumtionem mirum in modum minuunt, causamque defensionis, qua is innititur, admodum *probabilem* reddunt. Est quidem haec praesumtio *generalis*, sed tanto *fortior*, quanto rariora sunt exempla eorum, qui contra connatam ferociam *indulgentiores*, vel posita *ingenuitate* animi, pugnaces vel *audaces* esse solent. Unde recta utique postulat ratio, ut pro veritate defensionis a reo allegata vel contra illam arguatur, prouti *bona*, vel *sinistra* opinione dignum se hactenus gessit. Status *naturalis*, vel *physici* non meminit Imperator, nec tamen eum ideo a praesenti cognitione exclusit. Patet hoc ex art. sequenti quo *imbecillitatis* ratio prodesse dicitur *foeminae* pro elidenda aggressionis praesumtione, quoties cum *masculo* pugnavit, nisi ferocissimi ingenii fuerit, armorumque gestatorum qualitas insultum, probabilem reddiderit. Et quid, si debilis, aut aegrotans in ea fuerit conditione, ut stricto gladio virum *fortem*, robustumque trajecerit, an

inculpandus reus, qui necem praetextu invasionis excusat, et ex *virium* inaequalitate allegationem probabilem facit? Sic absolvisse ordinem viadrinum praestito juramento eum memini, qui acie *oculorum* fere privatus, pugno circum circa in aggressorem vibrato salutem sibi quaesivisse allegabat. *Alteram* praesumtionem suggerit *locus*, caedis, qui si planus ad discessum *commodus*, fugae neglectae exprobationem firmat, sicuti contra in *aedibus* propriis quis semper *aggressor* praesumitur. Sin circum circa *clausus*, vel si reus in *angulum*, vel *navem* propulsus cedere non potuit, probato insultu, de servato moderamine vix dubitandum. *Tertia* a *vulneribus* illatis, usuque instrumentorum petitur. Parum fidei namque comitatur eum, cujus vulnera accepta, vel arma gestata vix *exaequant* laesiones, armaque succumbentis, sicuti multum *reo* prodest, qui asserit, se pluribus vulneribus confossum, tenuemque gladium vibrasse. Eodem modo de eo, qui sclopeto, vel tenui gladio alterum prosteruit, judicandum; is enim, non item *hic* ex ipso armorum genere *aggressor* censetur. Licet enim alter aeque armis *lethiferis* cinctus sit, insignis tamen eorum *disparitas* praesumtionem aggressionis elevare potest. *Quartam* occupant gesta et actiones alterutrius *ante* vel *post* conflictum. Nam uti bonae conscientiae argumentum est, si reus ante colluctationem adversarium quavis occasione vitavit, vel post ultro judicio se stitit, *fugam* non paravit, *salvum conductum* petiit; ita doli praesumtio salva manet, si *minas* dudum sparsit, arma paulo ante *paravit* postea *judicium* declinavit, conditiones honestas pro reditu oblatas respuit. *Ultima* denique *motiva* tangit quae fere sola ad insultum dignoscendum comparata, et omnium *fortissima* est. Quum enim nemo sanus alterum gratis, et sine causa *sufficiente* impetat, operae pretium erit, casu occurrente, indagare, uter causam habuerit, cum altero congrediendi, aut eum e medio tollendi, et quaenam fuerint motiva, utrum tanti sint, ut ad colluctationem excitare potuerint. Qua in re graves *injuriae inimicitiae* capitales *autorem caedis* valde onerant, non aeque *lacessentem* liberant, eo quod autor rixae et causa feralis caedis sit. Plane *puellam*, pro pudicitia pugnantem, fere absolvit injuria a *stupratore* imminens, quae non potest non aggressionem masculi supponere, interim facultatem discedendi, aut opem impetrandi vix obfirmat, nisi honestas vitae, et ferocitas *stupratoris* huic jungatur. Unde, quia indefensa pudicitia non tam de insultu, quam *praesenti*, et *inevitabili* periculo quaeritur, talia argumenta quae huic rei sufficiunt, conquirere opus est. Utrum *commodum* speratum sufficiat, ad eliciendam causam delicti? a circumstantiis, et delicti specie pendet quare quaestio haec ex earum genere est, quae non protinus affirmandae nec temere negandae. Regulariter ab illo ad voluntatem occidendi inferre non licet; ut recte observat Kressius *ad cit. art.* §. I. *N.* VIII. quum pleraque homicidia *vindictae*, et vanae *gloriae*, non *utilitati* debeantur. Et licet spes opulentae *hereditatis* consequendae, aut *matrimonii* cum alterius uxore ineundi calcar nonnunquam addere soleat

ad laedendum, et lacessendum vel clanculum *insidiandum*, non tamen a studio caedendi, vel mala imprecandi, si aliae causae caedis desunt mox arguendum, reum *palam*, et via *periculosa* votum expleturum esse. Nec obstat, quod usus armorum *nocivorum* reum de dolo satis condemnet, nam quaestio hic tantum est de *primae* aggressionis praesumtione, et utrum sola *utilitatis* ratio praecise ad eam concludat, quod nego, quum quantaecunque demum rationes a qualitate armorum petantur, impedire nequeant, quo minus reus cui *vitae honestas*, aut qualitas *vulnerum* in colluctatione acceptorum suffragatur, nec ulla obtinendi commodi mora injicitur, ad defensionem provocare, alterique *primam* offensionem objicere queat. Interim non diffiteor 1) magis concludere argumentum *pro reo*, e cujus morte occisus commodum aliquod sibi promittere potuit, quam *contra eum*, quoties eum illud sperasse constat, 2) otiosam esse inspectionem commodi a reo sperandi, quoties is *aliis* argumentis praesumtivae defensionis destituitur, quum confessio caedis armis *lethiferis* facta satis reum gravet, absorbeat reliqua, et sola sufficiat ad removendam praetensam occisi aggressionem, aut, quae simplici allegatione nititur, rei defensionem.

Jam sequitur applicatio facti variis praesumtionibus instructi ad leges. Textus *art.* CXLV. *C.C.C.* circa eam nil definit, sed *arbitrio* judicis multum indulgere videtur. Quia vero decisio vel ad absolvendum, vel ad condemnandum reum non potest non tendere, unica circumspectio circa *media* consistit, quibus ex analogia juris praeparanda, et limitanda futura definitio. Nam licet *vividus* circumstantiarum nexus *summam* veritatis speciem habeat, eam tamen non agnovere leges positivae, quae fidem *juridicam* unice in probatione *inartificiali* collocarunt. Unde reum, cui praesumtionem quandam suffragari, supponitur, ob fortiora argumenta in contrarium pure *condemnare* velle regulae *justitiae* non patiuntur. Manifeste id profitetur Imperator, talem speciem *art.* CXLIV. *C. C. C.* proferens, verbisque *so ware doch möglich* innuens, defensionem, etsi in verisimilem, non prorsus esse rejiciendam, quod cum *pura* condemnatione consistere nequit, cui amice respondet *art.* XXII. *C. C. C.* in quo, ex solis *indiciis* feralem sententiam ferri, vetitum. Consequenter durities JCtorum Heidelbergensium excusari nequit, qui capitalem sententiam pronunciarunt contra duos alterum, a quo ambo se invasos allegabant, necantes, ea ex ratione quod tale moderamen vix verisimile sit ceu supra *Qu.* XXVIII. *obs.* II ex Bachovio probavi. Vice versa *absolutoriam* ex praeponderantibus defensionis praesumtionibus concipere contra caedem armis lethiferis palam factam, aeque fragile, et saluti publicae noxium, quae, innocentia nondum ad liquidum redacta, haud admittit, ut impune facinus quis ferat, et simpliciter confestim dimittatur. Nihil itaque superest, quam ut ad media eruendi veritatem, *torturam* nimirum, vel *juramentum* purgatorium recurrat judex, quorum quodlibet sua propria habet fundamenta, in decisione ante oculos ponenda. Consentit Froelich *C.* I. *Tit.*

V. *N.* IV. Tortura praesumtionibus proximis seu rarissime fallentibus, purgatorium cum territione, remotis, h. e. fallere, et convenire solitis regitur. Ad illam confugere licebit, si vel *fortiora* pro occisi innocentia pugnant, reoque resistunt, vel utrinque *aequalia* fuerint quum etiam hoc casu aequilibrium per necem *confessione* firmatam semper supprimatur, ita ut solus torturae *gradus* utrumque casum distinguat, et ibi duriores, hic leviores cruciatus locum habeant. Contra, ubi *gravius* argumentis pro *reo* allegatis inest pondus, ad *purgatorium* recurrisse, satius erit, ut eo removeatur, quicquid gravaminosum reo hactenus oppositum. Ita, inquam, ordinarie pronuntiandum, nec video, iniquitatem spirare sententiam, si *pauca* pro *reo*, pleraque *contra* eum militant, quum talia vix in alium quam in hominem deperditum ac *improbum* vix cadant, cui nec lex, nec recta ratio favet. Ubi vero causa ita instructa, ut vel *aequilibrium* praesumtionum adsit, vel res ad purgatorium qualificata, ibi ex regula pronuntiare, eo magis lubricum, quo durius est ob difficultatem probationis ad quam *priori* casu reus provocat, *tormenta* praeparare; periculosum denique *posteriori* lubrico juramenti rem committere. Quare non diffiteor mentis anxietatem, quoties his casibus oblatis pronuntiare cogor. Magis tunc placet *media* via, secundum quam reo poena *extraordinaria*, quasi ob excessum sufficienter demonstratum, mox imponenda, quod consilium Autori nostro. *N.* LXXIII. et recentioribus JCtis Leysero *sp.* DC. *med.* XL. Kressio *ad h. art. N.* I. Froelich. *cit. loc.* placet. Quid? quod in foro saepe reum ab *instantia* absolvere satius credant, quum ita ex neutra parte peccetur, et res in *suspenso* maneat, nec novum sit, causam in praesenti ambiguam melius postea instrui, et providentia divina suo tempore probabiliorem fieri, ut, judicio ex integro suscepto, postea *duriora* remedia contra reum capere liceat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXIV. N. II.

Compositio vetus homicidii. Wehrgeld. Busse. Wette. Freda. Capitalis poena ex jure Romano sensim invecta.

Reum, solvendo *werigeldum*, avertere, et declinare actionem, quae agnatis competit, certum, sed an inde vox *Werh-Geld* derivanda sit, et *wehern* idem denotet, ac *avertere*, alia quaestio est. *Glossa ad spec. Sax.* Autorem seduxit, ut in hac derivatione substiterit, sed ea displicet plerisque. Unde nonnulli ab antiquo Werra Gallis, *bellum*: *guerre*, repetunt; quasi idem sit, quod *compositio* pecuniaria, inter bellantes conventa, cui convenire videtur appellatio *guerigeldi* in *L. Frisionum Tit.* III. §. II. Planior est sententia eorum, qui radicem *Anglo-Saxonicam* Wer dicunt, quae *hominem* notat, Wachter *Glossar. voce*: Wer. Unde *werwolf*, est homo lupus, seu, quem superstitio in *lupum* transformatum credit, et *Mangeld* idem ac *Wergeld spec.*

Sax. Lib. II. *N.* XIV. XVI. certo indicio, *Wehr* et *man* in hoc composito vocabulo *hominem*, *virum*, denotare quemadmodum vox: *Verabot* Holsatis, cimbrisque, teste DE WESTPHALEN *T.* I. *rerum cimbr. p.* 2009. familiaris, eodem modo est composita. Firmat hanc conjecturam notio, *wergeldi*, quod nihil aliud est, quam *pretium*, pro *homine* occiso, ejus *consanguineis* solvendum, et sic *satisfactionem* pro injuria illata denotat, quare etiam *eine Busse* vocatur, re vera autem poena *privata* est, qua vindicatur injuria, quam sentiunt, qui vi arctissimi familiae vinculi consanguineum per caedem amiserunt. Hac ipsa demum *transactum*, et ultioni renunciatum censebatur, unde *Suhn Busse*, quasi *Versoehnungs Busse* seu corrupte *Cynebot*, *Sünbot*, *Cinegeld*, *Maegbot* vocatur. MEINDERS *de jud. centen. cap.* VI. ut tamen occisor per integrum *annum*, ne odium recrudesceret, abesse cogeretur, ceu ex variis statutis illustravi in *El. jur. crim. sect.* II. §. CCXX. Ab hac privata satisfactione differebat *publica*, *Freda* vocata, vel *Blotvide* a vulneribus *dem Blute und Wunden* apud *Cimbros* denominata, DE WESTPHALEN *cit. loc.* quae *regi* soluta ad redimendam pacem *publicam*, homicidio turbatam. Quare semper in monumentis antiquis hae compositiones sibi invicem contra distinguuntur, ita, ut neutra alteram tolleret, licet, utraque *pecuniaria* praestatione constaret. Recentioribus temporibus vacatur *die Wette*, sicuti werigeldi solutio *die Busse*, licet aliquando sub hac poena *capitalis* comprehensa ceu ex versiculis patet, apud MEIBOM. *de Irminsula Saxon. cap.* X. Nihil magis vero rem exprimit, quam *frede Schilling Geleits-Gulden*, quasi pensio pro securo commeatu, *vel salvo conductu vid.* ILL. *de Westphal. c. l.* 2030. His moribus diu vixerunt majores, nec ab illis se divelli passi fuerunt, quocunque demum vigore, revocato supplicio capitali, eos proscribere passim tentaverint superiores. Equidem CAROLUS M. ea in re celebris fuit ut ex *Lib.* VI. *capitul.* C. *I. v.* 39. apud BALUZIUM *T.* I. *p.* 926. apparet. Imo et *manum* homicidis truncari jussit FRIDRICUS in codicillis apud DE LUDEWIG *T.* II. *reliq. pag.* 193. sed vanum fuisse conatum historia sequentium temporum luculenter docet, quod non mirum iis, qui norunt, germanos *veterum* morum tenacissimos fuisse, nec facile iis nuncium misisse. Duravit hocce compositionis genus adhuc *sec.* XIII. et XIV. cujus rei *statuta*, tum condi solita, testes sunt omni exceptione majores, quia in his fere ubique homicidia ad transactionem *pecuniariam* reducuntur, corporalis, aut capitalis poenae vero altum silentium. Soli juri *romano* ingravescenti debetur, quod in judiciis aliter ratiocinari coeperint, quamvis quia ista immutatio non simul ac semel processit, alibi *citius* alibi *serius* mori vetusto nuncium miserint: Unde non mirandum, ANTONIUM MATHAEUM *de crim. pag.* 513. circa tempus mutationis nihil certi definire potuisse. Utrum in episcopatu *Trajectensi* sub DAVIDE, qui medio *sec.* XV. praesulatum gessit, haec compositio sublata, non adeo liquidum. Conjicit hoc KRESS. *ad art.* CXXXVII. *C.C.C.* exinde, quod teste HEDA *in hist. ul-*

traj. pag. 292. Idem praesul varias *corruptelas* judiciorum sustulerit, eoque tempore jus *romanum* plenius erumpere coeperit. Sed haec est fragilis conjectura, tum quod haec denominata non respondet mori inveterato et universali, tum quod ipse Heda in seqq. corruptelas explicat, et ad morem per omne nefas judices testesque *corrumpendi* refert. Alibi ut *Halae* sub initio *Sec.* XVI. adhuc cum occisi cognatis transactum fuisse, patet ex Olearii *Halygraph. pag.* 220. sed post constitut. *Carolinam* de isto more, nec vola, nec vestigium remansit Schilt. *Ex.* XLIX. *N.* CXIV. et CXVII, praeterquam quod *saxones* in homicidio, quod capitali aut corporali poena haud luitur, actionem ad *werigeldum* in hunc usque diem *cognatis* servaverint, ad quas privative praesens ab Autore exposita quaestio pertinet.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXXIV. N. 38.

Emenda an multiplex inter plures homicidii socios?

Idem trahit ad *emendam*, quae in locum werigeldi surrogata, si quis a pluribus vulneratus Autor *decis.* C. quanquam, quia istius *determinatio* hodie ab arbitrio judicis pendet, parum referat, utrum *majorem* emendam *omnibus*, an singulis *minorem* imponat, consequenter quaestio, utrum omnes *unam*, an singuli emendam *solidam* solvere teneantur, parum utilitatis sit habitura.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXXIV. N. 53.

Integra agnatio ad solvendum werigeldum obstricta.

Olim pro reo *integra* agnatio compositionem subire tenebatur, quia inimicitiae non *unum* tantum tangebant, sed *toti* genti communes erant. Unde sicuti *gens* propter occisum wergeldum accipiebat, ita vice versa onus pro eo subire tenebatur, si is alium necaverat. Idque olim indistincte obtinebat, pedetentim vero haec obligatio ad casum, si reus *inops* esset, restricta, quod ex jure vetere *Frisico* et *Dithmarsico* manifestum est. Vieth *Landes Beschreibung von Diethmarsen. p.* CLX.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXXIV. N. 88.

Heres necem defuncti non vindicans olim indignus successione, non hodie. Causa indignitatis. Quatenus heres hodie necem denunciare teneatur?

Eandem sententiam probat Hertius *de hered. occis. vindic. Sect.* III. et Matthaei *de crim. tit. de sic. cap.* VII. §. X. licet alind visum Lynckero *de bonis erept.* §. XXII. existimanti rationem privationis non eam esse, ne delicta impunita ma-

neant, sed in ingrati animi vitio, et officio pietatis neglecto latere. *l.* 22. *ad SCtum Syll.* Si rationes juris intueor, Autori merito subscribendum, pro quo militat, quod judex vicem *accusatoris* hodie sustineat, nec provocare accusatorem opus sit. Olim non erat sic; ignorabant enim Romani *inquisitorium* processum, nec sine accusatore aliquem condemnari patiebantur, aeque ac germani, ut satis docet paroemia *wo kein klager ist auch kein Richter. Utilitas publica* ergo requirebat, ut, quorum quam maxime *interesset*, inultum non relinquerent homicidium, sed per indirectum cogerentur ad vindicandam necem quoties ob onera et molestias accusationis eam negligebant. Haec ratio erat *primaria* ac principalis, ea, quae in *ingratitudine* collocatur mere *secundaria. Priore* itaque post introductum processum *inquisitorium* cessante, *posterior* sola ad sustinendam poenam privationis non satis efficax est, quum, quam sumere vindictam judex *potest*, ac *tenetur*, heres per silentium non *impediat*, consequenter nec *ingrati* animi notam ideo sibi contrahat. Interim, ne quid dissimulem, sententiam Autoris ad eum casum, quo homicidium *palam* commissum, restringendam puto. Quid ergo, si *occultum* fuerit? Hoc casu utique poenam *privationis* locum habere existimo, quoties heres id celat, et ita vindictam publicam per indirectum impedit. Et licet ad *accusandum* praecise eum haud cogerem, nulla tamen ratio est, quae ipsum a *denunciationis* necessitate liberet Schilt. *Ex.* XXXVIII. *Th.* CLXXIX. Stryck. *de suc.ab. intest. diss.* XII. *C.* I. §. XVI. qua neglecta, quia ratio indignitatis ex ingrati animi monumento concurrit, ejus poena quoque hodienum locum habebit Berg. *Oecon. jur. Lib.* II. *Tit.* IV. §. LVI. *not.* 12. Wernh. *P.* I. *Obs.* CLV.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXXIV. N. 92.

Judex ab herede violenter occisi expensas inquisitionis non repetit.

Temperat hanc sententiam Berger. *El. crim. P.* II. *pag.* 452, et ad casum tum *opulentae* hereditatis, tum lineae *collateralis* restringit. Sed neutri subscribendum videtur. Non enim alia ratione *sumtus* inquisitionis ab heredibus occisi exigi possunt, quam titulo *negotiorum gestionis*, quasi obligatio ad vindicandam necem *heredibus* propria, judex vero inquirens pro eorum gestore habendus sit. Verum sublata falsa hypothesi, merito exulat conclusio. Judici enim vi *officii* inquisitio incumbit, quod, quum exequitur, sur jure agit, vicem alterius non sustinet nec ex persona heredis jus quoddam sibi asserere intendit. B. Parens *de expens. crim. C.* II. §. IV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXV. N. 4.

Crimen fractae pacis publicae olim parum determinatum et curatum. Accuratior determinatio Maximiliano debetur. Fracta pax religiosa.

Etsi Maximiliano I. honos maneat, quod, pacem publicam firmando, crimen *fractae pacis* publicae severissime prohibuerit, non tamen existimandum *natales* hujus delicti ad haec tempora restringendos esse, nec reatum pacis fractae antea cognitum fuisse. Dudum Caesares illum cum statibus agnovisse, ex tot constitutionibus pacis publicae causa promulgatis, quas inde a Friderico I. recensent. Struv. *Jur. publ.* c. VI. §. XLV. Pfeffinc. *ad Vitriar. T.* I. *p.* 281. aliisque monumentis apparet, quae nullum alium finem habuerunt, quam ut frequenti pacis fractioni modum imponerent coërcerent que, qui ejus rei facti. Quum enim his ipsis juri *manuario* obviam ire, et compescere violentas ac armatus juris sui persequutiones tentaverint ordines, reapse nihil aliud egerint quam, ut quosvis fractae pacis ausus proscriberent. Id vero ad evincendam criminis existentiam, cui nec *vindictae* quidem defuit, sufficit. Si quid est, quod eidem his temporum intervallis opponi potest, sola *perfunctoria* observantia absolvitur, quae *desidiae*, ac *impotentiae* superiorum, quorum fuit definire, ac exequi medicinam, fini convenientem, tribuenda. Neque enim omnem vindictam privatam proscripserunt, sed eam tantum, quae non observatis *limitibus*, ac *conditionibus*, a legibus moribusque probatis suscepta quo ipso factum ut fractae pacis angusti primis temporibus essent limites. Ipse Carolus IV. in A. B. jus manuarium suo modo probavit, certasque conditiones, ut *rata* essent omnia, admisit, quo ipso cura conservandae pacis fere vilescere coepit. Tum, si quae sanctiones prodierunt, iis non tam *sublatae*, quam *suspensae* turbationes, postquam earum pleraeque ad certum *tempus* restrictae, quo revoluto, ferro ac flammis impune grassari licebat. De treuga, seu induciis ab Episcopis diebus festis publicatis, res est inter omnes conclamata. Datt *de* P. *P. Lib.* I. *C.* II. *Tot. tit.* X. *de treug.* et *Pace.* Sed nec aliud constitutiones Caesarae probant, quae modo ad *annum*, aliquando ad *triennium*, iterum ad *sexennium* compositae. Ad haec *confoederationes* inter status, civitates, nobilesque frequentissimae et a Caesare confirmatae, satis arguunt pacem inter socios in certo districtu stabilitam, extra ejus fines rumpi potuisse impune, adeoque reatum non in universum, et per *totam* Germaniam, sed alicubi tantum fuisse agnitum Spener *Jur. publ. Lib.* I. *c.* VII. § III. *not.* C. Taceo vigorem *disciplinae* publicae, adeo absolevisse, ut vel superiores sola prohibitione contenti, parum curae haberent circa accuratam *definitionem* poenarum fractoribus imminentium, nec judices de iis solliciti essent sive quod utrorum *potentia*, ac *autoritas* labefactata, sive quod inveteratae consuetudini

absolute nuntium mittere religioni sibi ducerent. Quae animadversionis reliquiae ex historia medii aevi supersunt, ad *canis portationem*, solis moribus invectam, pertinent. *Speculum Saxonicum Lib.* II. *art.* XIII. et *Suev. cap.* CLXVI. §. XXVIII. ultimum supplicium memorant. FRIDERICUM I. manu truncasse pacis fractores, patet ex codicillo, quem exhibet DE LUDEWIG *T.* II. *Reliq. p.* 193. Nonnunquam reos pecunia luisse turbationem, docet exemplum *Everhardi* apud WITTEKIND *Lib.* II. *p.* 644. imo et leniorum poenarum mentionem facit GÜNTHERUS *in Ligurin. Lib.* VIII. *v.* 697. certo indicio praxin poenarum in pacifragos statutarum fuisse *incertissimam*, nec *uniformem*. Majori cura de hoc crimine edixit MAXIMILIANUS, cui imprimis debetur, quod 1) *omnibus* omnino conditionibus, sub quibus nonnunquam latuere diffidationes, profligatis, vim privatam *abscisse* reprobaverit, eamque innovationem non modo 2) *perpetuam*, et in imperio *universalem* jusserit esse, verum ipsum crimen 3) accuratius determinaverit, et certis, severisque poenis introductis, pro stabilienda legis autoritate, *circulos* erexerit judicium *camerale* instituerit, et hoc modo media, sine quibus nihil alioquin actum fuisset, procuraverit. Quo facto non potuit non fractae pacis publicae crimen *novam* formam accipere, et mirum in modum ab eo discrepare, quod olim magis *nomine*, quam *re* tale fuisse, constat. Proximum ab hoc est, crimen fractae pacis *religiosae*, cujus adolescentia sub CAROLO V. in transactione *Passaviensi* quaerenda, ad perfectam demum aetatem sub FERDINANDO pervenit, pace Osnabrugensi. Uti enim *libertas conscientiae* et religionum ibidem probatarum ejus legis primarium objectum fuit: ita hoc ipsa omnes omnino actus sub eadem severitate, et medicina prohibiti, et ad fractam pacem relati, quibus *exercitium religionum*, aut *libertas sentiendi* ullo modo turbari posset. Reapse ergo *extensionem* pacis politicae ad causas *religionis* comprehendit, adeo, ut in eandem vindictam inciderint, qui ejus rei facti. Ab utroque differt, propius tamen priori accedit crimen fractae pacis *domesticae*, quod ex solo loco, in quo cuilibet tutissimum erat refugium, ac inviolabile asylum, mensuram capiebat, ut infra *Qu.* XL *Obs.* II. docebo.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXXV. N. 9.

Poenae fractae pacis vetus et nova.

POENAM 2000. Marcarum tantum non omnes juris publici doctores fractoribus pacis praeter *capitalem* minantur, et elective imponendam esse perhibent propter *Recessum de Anno* 1595. *art.* VIII. qui totidem verbis repetitus incit. *Recessu de An.* 1521. *et de* 1548. Ab his divortium fecit ZIEGLER *de jur. Majest. Lib.* I. *cap.* XXXIII. §. XL. *seq.* et citatas leges ad solos *status imperii* restrinxit, qui factores pacis fovent, poenisque condignis coërcere negligunt. Neque etiam aliam interpretationem ferunt ipsa legis verba, in quibus status excitantur,

et sui officii admonentur, *Art.* IX. vero demum, quam ipsi *fractores* pacis incurrere debeant poenam, disponitur. Huic accedit inconvenientia, poenam *pecuniariam* exigere ab iis, quorum *bona* omnia, ob violatam pacem, *confiscari* constat. Multo minus aliud infert sententia Speneri *jur. publ. lib.* I. *cap.* VII. §. V. quasi *commissio* aeque ac *omissio* ad hoc crimen pertineat, utramque vero comprehendat constitutio de P. P. Nam pars definitiva et vindicativa pacis publicae *illam* potissimum concernit, et sic ad *facta* pacem publicam, violantia pertinet: *Desidiae* in vindicando crimine tantum *incidenter*, ad tanto majorem legi auctoritatem acquirendam, mentio injecta. Neque haec omissio fatente Eodem ad eandem, cum *factis* pacifragis, poenam revocata, nec quicquam cum pacis violatione commune habet, praeterquam quod *inhonesta*, et sub *poena* certa prohibita fuerit, unde tamen non tam *fractae pacis*, quam *innominatum* crimen oritur. Sola *proscriptio*, cum bonorum *confiscatione*, juriumque quorumcunque amissione, vel *Capitalis* crimini fractae pacis propria manet poena, hac cum differentia, ut illam natalium splendore *illustres*, vel alii quicunque *absentes*; hanc privati *praesentes* subeant. Quod jus etiam quoad pacis *religiosae* ruptores obtinere, cum clausula paci religiosae *de anno* 1555. §. *und dan.* adjecta: tum clara definitio *pacis Osnabrugensis art.* XVII. §. IV. docet *Capitalis* supplicii ob turbatam pacem profanam vere sumti, recentissima exempla exhibet Mod. Pistor. *quaest. illustr.* XIII. *N.* I. et Cothm. *Vol.* III. *Resp.* III. olim mores CHYNOPHORIAN probaverunt. Genus poenae *militaris*, sed *foedissimum*, ob *canis* voculam, quae apud veteres gentes in *convitio* habita, Faber *semest. Lib.* I. *c.* V. Gataker *miscell. Theolog. C.* XXXVIII. *Nobiles* speciatim canem, *ministeriales* sellam, *coloni* aratrum portare ad certum locum jubebantur, teste Otton Frising. *Anal. Lib.* II. *c.* XXVIII. cujus executionis ob praesens delictum exempla refert Lehmann *Chron. Spirensi Lib.* V. *C.* XXX. et Struv. *Syntag. Histor. Germ. diss.* XIV. §. IX. Appellatio Harniscara huic propria, quae idem est, ac *Haare scheeren.* Forsan, quod capillorum detonsio, quae *ignominiae* signum erat, cum inhonesta gestatione fuit conjuncta. Quid alias eruditi de hac denominatione conjecerint, vide apud Camerar. *Hor. subcessiv. cap.* XCV. Henel *Otio Uratislav. C.* XVIII. *p.* 135. Meind. *de jud. cent.* p. 175. Meibom. *de* KYN FOSIA Datt. *de P. P. Lib.* I. *C.* XX. *N.* XLIV. Periit, cum Friderico I. sordida ista animadversio, cujus post illum nec vola, nec vestigium.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXXV. N. 38.

Fracta pax constat vi atrociore, coadunatione hominum, dolo. A furto qualificato differt. Quid de coadunatione defensionis causa, vel iniqua superiorum executione in subditos dicendum? Ad potentiores primario pertinet. Nec loci, nec personarum ratio habetur. Inter cives ejusdem territorii committitur.

HABET hoc crimen suam *propriam* indolem, sive *formam* spectes, sive *poenae* qualitatem, quae huic reatui peculiaris, et certo jure determinata est. Unde sine harum indagatione nec differentiam ejus a vi publica eruere licet, nec fundamentum liquet, ex quo, specie oblata, de poena judicandum. Vulgo *tribus* requisitis inhaerent, ad effectum, quae huic crimini propria est, poenae capitalis vel banni. Quod ad *primum* attinet ipsa verba legum publicarum *eine gewehrte* item *gewapnete Hand* requirunt *R. J. de A.* 1595. §. 67. certo indicio, solam *armatam vim* huc pertinere non aliam, quae sine armis, illata. Eoque sensu intelligendus GAIL *de P. P. Lib.* I. *Cap.* VII. *N.* I. dum vim *atrocem* desiderat, quam ipse passim de *armata* interpetratur, quasi haec in sensu eminenti atrox sit, et fini constitutionum de P. P. respondeat, qui ad profligandas seditiones, ac tumultus pertinet. Ut *immediatae* a reo talis vis illata fuerit, necesse non est; nam et is in fractam pacem incidit, qui *consilio* suo concurrit et violationem adjuvat, modo *reapse* licet ab aliis, illatam fuisse vim armatam, constiterit, quum perinde sit, securitas publica utrum *immediate* an *mediate* turbetur, GAIL *Lib.* I. *Cap.* VII. Unde non ita pridem, quum concionando clericus *Hildesiae* animos catholicorum et protestantium concitasset, ut ad arma, et belli speciem ruerent, JCti Hallenses consulti, eum criminis P. P. reum fuisse, apud B. PARENTEM. *T.* II. *Conf.* MCCCLIV. responderunt, eo quod is esset proxima causa vis utrinque illatae. *Coadunatio hominum* quae *alterum* requisitum, *verbis* legum non continetur, bene tamen vi et *effectu* probatur, quandoquidem hoc loco violentia respectum ad *tumultus* habere debet, ad quam vix sufficit, si ab uno, armis etiam lethiferis, illata, fatente BLUMIO *proc. cum tit.* XXIX. §. XLI. Plerumque eundem significatum tribuunt, verbis *gewaltthätiger* item *gewehrter Handt* quasi *manus collectionem, et multitudinem* hominum usu loquendi denotet, quod suo modo verum est. Neque aliud ex *diffidationibus* colligere licet; quum ne has quidem sine *sociis* inferre consueverint majores, sed moris fuerit, ut socii tum ipsi litteras transmissas cordate *suscriberent*: tum ex pacto invadentibus *suppetias* ferrent, ut historia medii aevi satis evincit. Quot *numero* requirantur, leges non determinant. De eo tamen dubitatum fuisse *R. J.* 1594. §. *ebener massen* docet. Dum vero ibidem res *arbitrio judicis* committitur, recte arguitur, ob concursum duorum,

aut trium, aut plurium jus de fracta pace simpliciter reddi non posse, nisi numerus ejus efficaciae fuisset, ut *seditionem* ciere potuerit. Quid ergo, si *furtum* a plu ib is per effractionem datum? Neque hoc ad pacis violationem referrem, eo quod sit crimen peculiare *nominatum*, certaque poena circumscriptum; constitutio de P. P. autem ad ea facta proprie tantum pertineat, quibus, ob atrocitatem severior vindicta, aliunde non definita. Non nego, pacem etiam hoc casu notabiliter turbari, sed rationem sufficientem desidero, ob quam in crimine, quod *peculiari* nomine, forma, et poena circumscriptum ad constitutionem *pacis publicae* praecise recurrendum sit, quae mere *subsidiaria* fuisse videtur.

Denique qui secundum *ultimum* requisitum desideratur *dolus*, ad directum consilium, seditionem excitandi referendus, et velut cardinalem circumstantiam comprehendit. Nam circa collectionem armatorum videndum, utrum *pacis* rumpendae causa convenerint, an ex alia caussa fuerint coadunati? *priori* casu, de quo ex circumstantiis judicandum, in hoc crimen incidunt; *posteriori* vero magis *injuriae*, vel *vis publicae* tantum rei sunt, ut recte pronuntiavit Tribunal Wismariense apud Mev. *p. I. dec.* CXLV. *N.* VII. maxime si excandescentia *repentina* inter rixantes exorta. Plane si ex *lascivia*, vel *petulantia* a pluribus alio fine coeuntibus vis illata, magis est, ut ad *turbam* simplicem pertineat. Idem multo magis dicendum de his, qui contra invasiones vel turbationes odio *relegationis* ortas, vires uniunt, et *tuendi* sui causa, vim vi opponunt, quibus *defensionis* favor prodest ad excludendam *doli mali* suspicionem, cujus rei *Hildesia* notabile exemplum praebet, ceu docet Responsum Hallensium ICtorum apud B. Parentem supra allegatum. Quo etiam refero violentias a *confinibus*, vel etiam aliis pro *defendenda* possessione illatas sive controversia coram judicio pendeat, sive non vulgo *Nachbarliche Gebrechen*, quas saepius coadunatis armatisque hominibus fieri, a praesenti crimine autem prorsus alienas esse, constat; vid. exempla apud Eund. *diss. de except. praejud. in criminal. C.* II. §. XII. Tunc enim plerumque utrinque causae *probabiles* concurrunt, raro de fundi dominio, aut jure *litigioso* constat, et sic pro utroque *defensionis* ratio militat, quae efficit, ut difficilius ex capite *fractae pacis* publicae contra eos, qui ideo in jus vocantur, procedi possit, Lynck. *Resp.* XIX. *N.* LI. *Resp.* CLXXIX. *N.* XXIX. Quaerunt interpretes, utrum ejus criminis etiam rei sint superiores, vel magistratus, quoties vi armata subditos *collectas* dare recusantes, cogunt, vel sententiam contra hos ea in re latam duriuscule exequuntur? Negant id plerumque, nec aliter judicare fas est, si in *dolo* manifesto hic subsistendum, quem utique excludit violenta, quae pro superioribus militat praesumtio, saltim ad hunc effectum, ut in *dubio* juste processisse censeantur, adeoque *regulariter* rationes fractae pacis in eos non cadant. Graviter eos exequendo peccare, et factis manifeste improbis aliquando se commaculare posse, non dissimulo: sed ea in meris *tran-*

sgressionibus juris competentis h. e. *excessibus* subsistunt, quales quia tantum *modum* executionis, in se justae respiciunt cum notione huic c imini propria pugnant. Neque aliud evincit, quod vulgo asseritur, judicem *de facto* procedentem personam suam exuere, et ad instar *privati* haberi. Nam id hunc solum effectum habet, ut si excessus *dilucidus*, ei per vim resisti possit impune, non vero, vel saltim difficilius operatur, ut is mox criminis fractae per dolum pacis publicae, de quo jam quaero, reus fiat. Plane si non *modus* tantum, verum etiam ipsum *jus* praetensum manifesto *injustitiae* vitio laborat, facilius aliud statuerem, ut in caussis religionum instrumento pacis satis determinatis contingere solet, circa quas saepe subditi a superioribus *diversae religionis* atrocissima experiuntur, ipso instrumento pacis sub poena fractae pacis *manifeste* prohibita. Quid vero, si imperii, vel jurisdictionis allegatio *dubia* sit, et a laesis pro mero praetextu habeatur? Adhuc eadem praesumtio doli exclusiva pro hoc crimine removendo valida est, dummodo non sit *manifeste* injusta allegatio, sed ut plerumque fit, *colorem* habeat, qui in tantum prodest, ut quicquid tentatum, pro defensione juris praetensi actum censeatur, quod, etsi ab injustitia, postea evidenter probata, non excuset, ex rationibus allatis tamen ad excludendum praesentem reatum sufficit, quo sensu assentio Engavio *in El. jur. crim. S.* I. §. DXXI. *praejudicialis* exceptionis rationem non habenti. Haec dubia exulant, quoties inter *pares* vis ultro citroque infertur, quibus auxilium judicis praesto, et sic vis privata simplicicer prohibita, adeoque, licet nonnunquam eos defensionis color excuset, longe facilius pacis violatio objicitur. Atque hoc respectu tolerari omnino potest sententia eorum, qui non nisi *pares* a vindicta privata prorsus exclusos, in hunc reatum incidere, asserunt, quae si de regula, et de eo, quod ut plurimum fit, accipitur, firmo talo nititur, quamvis ut ex ea novum ac peculiare requisitum efformetur, ceu quidem faciunt necesse non sit, dum ex sola *doli* indole determinationem suam accipit. His itaque concurrentibus nihil amplius repugnat, quominus ex constitutionibus de P.P. jus reddatur, cessantibus aliis quibuscunque respectibus. Ita vero nihil refert utrum arma in *plures*, an in *unum* vibrata, quum singuli P. P. fruantur et injuria contra unum executioni data, paci publicae quoque inimica sit, facileque alios ne idem fatum experiantur, ad *coitiones*, *conjurationes* commovere queat, qui solus metus ad finem constitutionum imperialium sufficit. Multo minus ratione *personarum* de vi accusatorum interest, fuerintne privatae, an natalium splendore conspicuae, vel principes statusve imperii, alios sui ordinis invadentes? De utrisque agunt leges imperii, ut Autor *N.* XXIV. evincit, quamvis non diffitear, rariorem legum publicarum usum esse contra turbatores *privatos*, frequentiorem contra *illustres*, ac *potentiores*. Breviter, *illorum* violentiae ad constitutiones imperiales in effectu non sunt qualificatae, licet in se durissimis poenis obnoxiae: contra *horum* molimina longe pejorem exi-

tum habere possunt, latius serpunt ob emphasin seu potentiam, iis cohaerentem perdurant, et sic propius accedunt ad facta legibus imperialibus notata. Quo pertinet judicium Gailii *de P. P. C.* VII. *N.* XXIV. asserentis, *constitutionem* fractae pacis ex mente statuum imperii non tam *singulorum* et *privatorum* nomine esse promulgatam, quorum vana sine viribus ira, et qui poenis ordinariis in officio retineri possunt, quum eorum potissimum nomine, qui per *potentiam*, collecto milite, vel auxilio multorum alium inique offendere, et pacem publicam *turbare possunt*. Neque porro in *Germanos* tantum cadit praesens constitutio sed in omnes, quicunque tolerantur et pace publica digni judicantur, adeoque nil interest invasores, an invasi peregrini, judaei, cives, incolae, advenae, fuerint? quum pax publica primario *territoriis* scripta, quod cum effectu fieri non potuit, nisi omnibus ibidem delitescentibus communicaretur, solis *Bannitis* exclusis, qui quoties invasi aeque ac olim *faidosi*, ab ejus beneficio exclusi. *Loci*, in quo vis illata, omnium minime ratio habenda, sitne via *publica*, ager, an urbs? Ubique enim territorii, cui pax cohaeret, res agitur, absurdumque videtur, securitatem aggresti loco vindicare arci, urbive non item. Cothm. *Vol.* III. *Resp.* CXI. *N.* LXXXVIII. ut mirum sit, qui fieri potuerit ut sanctionem ad solos *agros* quidam restrinxerint, quibus dicam scripsit Blum. *Tit.* XXIX. §. XL. Denique quum contra metum rumpendae securitatis medicinam in constitutionibus de P. P. quaesiverint ordines imperii, non potuit eorum voluntas ad *actuale* damnum ejusve certam quantitatem directa, sed intentioni conforme fuisse, ut vindictam expectarent, etiam ii, qui quantum in ipsis fuit, armati accesserunt, sed ob resistentiam vel *nullum*, vel *minimum* damnum dederunt. Nam idem vigor in *viarum obsessione*, quae sola species fractae pacis est, obtinet, ut ex clausula Art. CXXVIII. *C. C. C. Ohngeachtet sie nichts mit der That gehandelt haben* evidenter apparet, quamvis ob *moderationem*, quae per *Recessum* 1548. *Art.* XIII. *C.* II. *Tit.* X. §. III. camerae indulta, poenam ex *facto* metiri consueverint assessores, poena banni in *pecuniariam* conversa. Gylman. *T.* I. *P.* I. *N.* XIV. *p.* 50. Quae quum ita sint, nescio qua specie reatus hic ad invasionem *alieni* territorii restringi mereatur, nec ad subditos *ejusdem* territorii quadret? Leges certe indefinite cavent, *dass keiner dem andern seine Possession, Gewehr, Schloss, Stadte etc. entsetze R. J.* MDXLVIII. *Tit. Kayserliche Laud Friede in praefat.* §. I. quae verba tam indefinita, ut salvis regulis interpretandi ad *priorem* speciem restringi nequeant. Praeterea ratio securitatis publicae, quae anima legis est, utrique convenit, jubetque, ut quicquid est, *Germanici territorii*, severis poenis contra violatores muniatur. Et sane, cum carcerum effractio armata in hoc crimen degeneret, quid est? cur dubitemus, quin eadem pax, cujus sanctitas forensibus inviolabilis esse debet, inter ejusdem territorii cives, quibus effractio ista propria, servanda sit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXXVI. N. 45.

Effractio carceris ab extraneo facta quando capitalis sit? Kressius notatur.

Ex custodia publica aliquem *quomodocunque* exemisse, olim pacifragii reatus habebatur. Ita de plano edicunt *LL. Goslar. Tit. von Vredebrake N.* XLI. *we deme uth der hechte hilpet mit Rade edder mit Dade weder de Cleger willen dat is ein Vredebracke.* Sed post formam, ex legibus recentioribus invectam, ut *carceris effractio* ad crimen fractae *pacis* qualificetur, vi armata, et coadunatis hominibus utique opus est, quum alioquin, si clanculum ab uno facta, ita, ut non facile turbam excitare potuerit, magis ad *vim publicam* pertineat, cui arbitraria coërcitio propria. Praeterea finis et causa *movens* inspicienda, quae si ex *lucro* improbo, publicaeque quieti inimico orta, aut ob sceleris *societatem* vis facta, circa rigorem capitalis poenae nil mutandum. Facilius si intempestiva pietas, aut sola consanguinitatis ratio improbitatem consilii temperaverit, quae dolo multum detrahere potest, teste Mathaeo *de crim. Lib.* XLVII. *Tit. fin.C.*IV. *N.* II. Illud vero ficulneum, quod Kressius *ad Art.* CLXXX. *C. C. C.* §. II. rationem *officii* et *jurisjurandi* violati, quae commentariensem tangit, in *extraneis* cessare, et ideo in his *arbitrariam* sufficere, tradit, quum jurisjurandi religio *gradum* capitalis criminis tantum determinet, vis *seditiosa* vero, sine qua nulla poena capitalis satis compenset absentiam *specialis* perfidiae. Plane *talionis* poenam in hac specie nulla lex tuetur, nec meus articuli, quem Autor hic ex *Speculo Saxonico* allegat, adeo liquida est, siquidem Saxo de *exemtione* ejus, qui cum *clamore* accusatus erat, loquitur, quam qualitas accusationis olim *privilegiatae*, aggravabat. Omnium minime argumentum ex paritate rationis a vindicta, contra *commentariensem Art.* CLXXX. *C. C. C.* decreta ab Antore infra *Qu.* CXI. *N.* LXXXVII. petitum stringit, quum sola poenae exorbitantia sufficientem diversitatis rationem suggerat, et *odiosam* extensionem ultro reprobet. Certe fora nostra praxin talionis ignorare, docet Beier *ad Art.* CLXXX. *Pos.* III. Latius sententiam suam persequitur Autor infra c. l. ubi de effractione *commentariensis* vel ipsius *rei* agendum.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXVI. N. 32.

Status Imperii de hoc crimine cognoscunt, aeque ac camera.

Directa sunt haec argumenta contra praetensum *monopolium* competentiae *fori* a camera in hoc crimine affectatum. Procedere enim *cameram*, etiam in *prima* instantia posse, ne *territorii* quidem jure attento, ex salutis publicae ratione imprimis

ex *ordin. camer.* *P.* XI. *Tit.* IX. colligunt, maxime quia ibidem profligata distinctio, utrum, qui increpatur *immediatus*, an *mediatus* sit? *Tit.*IX. Verum haec supremam principum potestatem, etiam in pacifragos extendendam, non excludunt, sed *salva* ista potestate, capienda sunt, ut *praevenientis* ex litis pendentia *melior* sit conditio, quod ipse Gail. *Lib.* I. *C.* XI. *N.* XXV. cum Mindano *de proc. Lib.* I. *C.* XXII. *N.* XV. agnoscit, unde sola *concurrentia* camerae pendet. Comprobat hoc, quod omittere Autor non debebat, cum beneficium *primae instantiae*, tot legibus imperii statibus sine ulla exceptione firmatum, in subditos temporales et perpetuos, de quo late agit Cocceji *de fundat. in territ. potestat.* tum supra *Qu.*XXXV. *Obs.* II. allegata sanctio legum Imperii, quibus status ad vindicandam pacem excitati, et in *negligentes* poena pecuniaria decreta, imprimis vero *ordinatio Camerae* ab Autore *N.* LXXV. citata. Qua de caussa pedibus in eandem sententiam iverunt Wittebergenses apud Zieglerum *de jur. maj. Lib.* I. *C.* XXXIII. §. XXXIX. et summum tribunal Wismariense in *prima* instantia contra pacifragos recte procedere potuisse, docet Mev. *P. I. Dec.* CIV. Pertinet tamen haec observatio 1) ad *mediatos* ac privatos, non autem ad constatus, quum par in parem non habeat imperium 2) ad effectum solius *capitalis* poenae quam judicem inferiorem imponere posse Bocerus *de diffidat p.* 81. fatetur, non ad *Banni* declarationem, *Camerae* propriam.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 20.

Diffidationis natales, justitia. Sine debita clarigatiöne infambat. An verbis fieri potuerit?

Faida in monumentis antiquis idem, ac *inimicitia* non omnis, sed *capitalis*; homo *faidosus* idem, ac inimicorum persequutionibus obnoxius. Nec aliud notat vox Germanica *Vehde*, quae idem ac *bellum*. Nam indictio belli ipsorum principum ex stylo medii aevi *Fehde Brieff* vocatur ut patet ex Lunichii *cod. dipl. p.* 466. ubi codicillus Mathiae ad Fridericum I. missus *Fehde-Brief* nominatur. Talia privata bella a primis temporibus novit Germanica, et ex spiritu connato *libertatis* per omnia secula continuavit, imprimis sub interregno fatali firmavit, adeo ut non modo per *conniventiam* tolerata, sed ipsa *observantia* Imperii corroborata essent, maxime ex quo per varias leges Imperatorum, imprimis per *Auream Bullam* ad certos *terminos* redacta. Licet itaque caussa prima eaque remota in libertatis professione quaerenda, quia tamen ad adolescentiam sub *interregno* pervenerunt, proxima caussa ex iis circumstantiis repetenda, quae turbidi istius status concomitantia fuerunt, quorsum imperatorum *absentiam*, et labefactatam *auctoritatem*, *judiciorumque* vel defectum, vel miseram conditionem refero.

Unde nescio, an non necessitas *hypothetica* effecerit, ut usus diffidationum probaretur tanquam medium *persequendi juris* sui quod aliter in statu turbido obtineri non poterat. Hic enim praetextus pro ejus justitia ubique allegatus, licet, quia jus praetensum sola *opinione* invadentis in casibus singularibus nitebatur, non potuerit non in gravissimum abusum degenerare. Praxis ejusdem cum inter *illustres* ac *potentiores* cernebatur, tum inter *viliores*, ceu in *El. jur. crim. S.* I. §. CX. *in not.* docui, quia non magis illi, quam hi, postquam ab aliis derelicti, de juribus suis persequendis solliciti erant. Quod *viribus* cujusque deerat, in *confoederatione*, et assistentia aliorum, quaesitum. Unde frequens mentis *sociorum* ipsas diffidationis litteras subsignantium caussa societatis contractae subinde in his expressa vid. Datt. *de* P.CXV. *N.* XXXII. Limites his positi et per constitutiones determinati, a temporibus Fridericorum repetendi, quibus novam *formam* diffidationes acceperunt, et *honestae* a *vitiosis* ac inhonestis distinctae. Huc refero 1) temperamentum vi cujus ante omnia in *judicio* experiundum erat, quo si nil obtineri, nec lis alio modo componi poterat, tunc demum ad diffidationem convolare licebat vid. Friderici II. *constit. de A.* MCCXXXVI. apud Goldast. *Reichs-Satzungen T.* II. *P.* XVIII. *C.* IV. *N.* II. Friderici III. *reform. de A.* MCDXLII. *c. l.* Sed hoc segniter observatum fuisse, infinitae litterae diffidationis sine ambagibus transmissae docent imprimis charta apud Perill. de Senckenb. *select. hist. T.* IV. *pag.* 445. Magis necessaria visa 2) *indictio*, eo fine praemittenda, ut alteri esset occasio se praeparandi vel, ut dicitur in *Const.* Friderici II. apud Datt. *C.* XV. *N.* IX. *Dass er setze Nothwehre synes Leibes und Gutes*. Quum enim fortitudinis essent amantes majores, non poterant *improvisas* invasiones, in quibus parum *fortitudinis* et *artificii*, sed multum *fortunae* positum, detestari, sicut e contra *fortis* viri encomia reportare credebant eum, qui admonitum ac praeparatum vicerat. *Ore* fieret, an *litteris*, nil intererat, dummodo invasus notitiam accepisset, usque adeo, ut facta, *signaque* hostilia idem praestarent. Posteriores species frequentiores, oralis rarior. Ubique opus *testibus*, qui vel litteras signabant, vel nomine alterius hostilitatem ore nunciabant, vel ipsi nuncianti ad latus erant, ut opus erat, clarigatio contra objectum vitium semper probari posset, quo etiam refero projectionem *chirothecae*, velut symbolum futurae colluctationis, de Ludewig *ad A. B. tit.* XVII. *p.* 179. vel aliud factum *sensuale*, quo nulla olim clarior probatio. Errant itaque, qui formam diffidationum in *scriptura* cum Lehmanno *Chronico spirensi Lib.* VII. *C.* LXXXIX. Datt. *de P. P. Lib.* I. *C.* XV. quaerunt, quos vel solum *Cap.* CXLIX. *Jur. Alem.* refellit. Nec magis doctrina Leyseri *Sp.* DLIII. *M.* IX. probanda, qua contra Kressium, *factam* requirentem disputat, diffidationem etiam sine hoc, solis *verbis* fieri potuisse, tradit. Nam verbis ludit, revera au-

tem cum Kressio conspirat, qui, tametsi facta desiderat, *denunciationem* coram, vel per nuncios susceptam, ad *art.* CXXIX. §. II. *N.* III. non excludit, sed hanc pro *facto sensuali* seu signo publico, minis conjuncto, accipit. Erat itaque minitatio denunciata vera diffidatio, non quia, ut Leyserus argumentatur, ea solis verbis fieri poterat, sed quia per *signum publicum* legibus convenienter consummata erat. Kressius sane in *genere* facta, aut signa publica desiderat, sive in missione *schedulae*, sive in *orali* nunciatione, consisterent: dum vero *minas* absque factis a conceptu diffidationis excludit, de iis quae non solemniter nunciatae, sed *fortuito* sermone sparsae, accipiendus, quibus nec Leyserus qualitatem diffidationis vindicare ausus est. Intersititium temporis defensioni parandae praescriptum *tribus* diebus absolvebatur, quamvis hoc stricte non observatum, et quandoque provocatio ad *proximam* noctem in ipsis litteris directa fuerit, Chart. *apud. Perill.* de Senckenb. *c. l. Tom.* III. *p.* 389. Caussam ut continerent, non requirebatur, licet enim aliquando verbis *generalissimis* exprimeretur *weil wir zu dem unsrigen nicht gelangen können*, *vid.* Charta *apud de* Ludewig *c. l.* 176. id tamen non de essentia credebant, sufficere rati, quod clarigatio praecessisset. Unde plures litterae apud Dattium in quibus altum de *caussa* silentium. Hoc solum observandum erat, ut 3) insinuatio clarigationis in ipso *domicilio* fieret, non absenti, qui ad defensionem extra domum se praeparare non poterat, quemque spoliare, et debellare, parum honorificum existimabatur, His observatis demum *rata, honesta*, ac *legitima* erant omnia; econtra, neglectis hisce limitibus, criminis *pacis fractae* rei fiebant diffidantes, ut vel ex *obsessione viarum* clanculum facta apparet, de qua agit *art.* CXXVIII. *C. C. C.* Unde hi *latronum* more supplicium expectabant, teste Besold. *discurs. polit. de jure Belli C.* V. *N.* IV. Thuanus *hist. Lib.* 129. Quid? quod *existimationis* dispendium incurrerent, qui alterum contra formam legalem invaserant cujus effectus in exclusione a *societatibus*, *ludis equestribus*, similique honesta vivendi ratione, consistebant. Quumque Germani famam bonis, imo et vita cariorem haberent, sub nullo acriori, quam hoc vinculo in ordinem cogi, et a *clancularia* invasione cohiberi poterant. Quem in finem, ne qua turpidinis exceptio iis objiceretur, sibi *protestatione* in litteris: *hiemit will ich meine Ehre gegen mich und der euren bewahret haben*, consulere solebant. Profligavit tandem hos limites Maximilianus, omnesque diffidationes criminosas effecit. B.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 41.

Diffidationes sine periculo universitati imminente nullae.

Hoc loco Autor rationem diffidationis in minis bellicis adversus *familiam*, *socios* vel *universitatem*, mediate, vel immediate declaratis, quaerit; in odium vero *unius* fa-

etas a diffidatione segregat, et admissa formula diffidatoria: *ich will dein Haust anzünden* aliam*: ich will dir den Hals brechen* ad simplices minas remittit, quasi illa universitatem per indirectum tangat, haec solum adversarium. Qua in re nihil habent Beyerus, Ludovicus, quod praesentem distinctionem Autori exprobrent, causati, quod pax publica etiam in *uno* homine laedi possit. Saltim pro Autore militant cum diffidationis circumscriptio, qua ad *captivandum, occidendum, bona diripienda domos comburendas* illa tendere dicitur in Buschii *Chron. apud* Leibnitz. *T.* II. *Rer. Brunsvv. p.* 850. et ipsis litteris diffidationis, ubi notabilis formula: *ich will auch nicht allein nac dem Guth stehen, sondern nach Ehre, Leib und Guth* apud Perillustr. de Senkenb. c. l. item *Brandschatzung, Todtschlag, oder andere Sachen* in Charta apud Datt. *Lib.* I. *C.* XV. *N.* XV. et XL. Quum enim diffidationes in Germania natae de iis non aliter judicandum, quam quousque praxi Germaniae, et plerisque litteris vetustis conveniunt, quod et ipsa ratio *observantiae*, quae hic intercedit, suadet, cujus limites ex solis rerum et *actorum* monumentis addiscuntur. Et licet Beyero facile concesserim, diffidationem *uni* fieri posse, et olim potuisse, tamen indoles rei non tam ex facto actuali, quam *qualitate* minarum, et intentionis eorum, qui litteras miserant, repetenda. Breviter, non videndum, quid ad diffidationum colorem verisimiliter referri possit, sed quid ad illas olim vere relatum fuerit, quibusve rebus aut factis praxis quondam eas constrinxerit. Equidem pro contraria sententia cum *R. I. de A.* MDLV. §. XLV. ibi *sondere Personen* tum litterae hinc inde penes Lehman.*Chron.Spirens.Lib.* VII. obviae, et modo ad *singulos*, modo *universos* directae, tum statuta *Stadensia* apud Puffend. *T.* I. *Obs. for. in append. part.* XI. *N.* I. tum testimonium Rhenani *Lib.* II. *Rer. Germ. p.* 95. *Faidam vocant Franci simultatem apertam, qua unus uni, vel pluribus bellum denunciat,* militare videntur. Verum ex subjecta *belli* denunciatione apparet, non alias intelligi minas, quam bello respondentes id est caedes, direptiones, incendia, quae, tametsi ad *unum* dirigantur, quia sua natura *plures* tangunt, et ruinam ac *pericula* involvunt perinde fuerunt ac si ad *universitatem* fuissent directae. Eleganter scribit Leyser. *cit. loc. Med.* XVI. *Vera diffidatio erat, quando eques equiti bellum declarabat, uterque enim copias quantulascunque contrahebat, villas suas muniebat, foederatos sibi adsciscebat, atque quietem publicam turbabat. At quando duo privati inter mutua convitia sibi verbera, vulnera, quin et necem comminabantur, hoc singulorum tantum tranquillitatem laedebat, neque pro diffidatione, aut belli declaratione reputari poterat.* B.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 34.

Defectus animi minas exequendi a diffidatione non excusat.

Contigit aliquando, ut sibi hac exceptione consultant, et de pecunia tantum extorquenda se cogitasse, asserant, qui ob diffidationem in jus rapiantur. Sed nil est, quod ipsis patrocinari possit. Quod si exceptio deficientis *animi diffidandi* prodesset, *tormentis* ad eruendam intentionem opus esset. Huic vero repugnat *Recessus imperii de An.* 1548. §. 1. in verbis *in was vor gesuchten Scheine das geschehe* et recta ratio, cui non suffragatur ablegatio, ipsi facto contraria. Unde Autori subscripserunt Wittebergenses apud Bergerum *El. crim. P.* II. *p.* 355.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 34.

Casus permissae diffidationis ex Art. CXXIX. *explicantur. Maximilianus male autor constitutionis criminalis arguitur.*

Hanc causam *mitigandi* poenam, quia, rem adhuc integram esse sufficit, admitto. Dantur vero ex lege Carolina *tres* causae quibus probatis omnis poena olim exulasse videtur. Ita accipienda sunt verba art. CXXIX. *sollen peinlich nicht gestrafft werden* quae ad corporalem non recte restringitur, sed ad *publicam* in genere referenda, ut ipsae causae docent, quum absurdum fuerit, eum, qui permittente Caesare diffidat, in poenale iudicium vocare. Causae ipsae sunt sequentes 1) si quis indultu Caesaris munitus 2) si diffidator diffidantis, ejusque familiae *inimicus* sit, vel 3) alias *justa causa* adfuerit. Harum genuinum sensum commentatores ut plurimum ignorant nec de illo eruendo adeo solliciti sunt sed, quia rerum germanicarum ignari, magis obmutescunt. Quod ad *primam* attinet, alii in versione verborum latina subsistunt, ut Bullaeus Stephani; alii illam ad *status imperii* jus suum, permittente imperatore persequentes, restringunt, in quorum numero sunt Rumelin. *ad A. B. P.* II. *diss.* V. §. IV. *lit. B.* Zieriz, Clasen qui posterior etiam Executionem ab Imperatore statui demandatam huc trahit. Melius et cum eruditionis apparatu textum interpretatur Kressius, ac requisiti quondam a quibuscunque ad *jus sibi dicendum*, superiorum, sive *imperatoris*, sive *principis*, sive ipsius *pontificis* consensus varia vestigia adfert. Statui certe Germaniae, et praxi pristinorum temporum id non repugnare videtur, cui quotidianum erat, ex principiis pseduo-monarchicis *consensum* inprimis Caesaris in negotiis peragendis requirere, etiam ubi illo opus non fuerat, ut infinita diplomata, pro confirmando jure civitatis, vel judiciis constituendis a statibus imperii, vel pro stabilendis negotiis et conventionibus, a *privatis* impetrata docent. Quo colore ergo ad haec jura tuenda praesidium in consen-

su imperatoris quaesiverunt, eodem quoque in diffidationibus licite exercendis ad hunc confugisse admodum verisimile est, sive essent *immediati*, sive *mediati*, quum non minus hi quam illi jus belli, quod diffidationi inest, haberent. Textus enim indefinite id sancit, et sic nulla solida ratio dari potest cur is ad *immediatos* tantum restringendus sit. Quicquid tamen sit, defectus monumentorum usum hujus rei in praxi diffidationum comprobantium me ancipitem tenet, ut in rebus facti temere nil definire audeam. Quae enim in hanc rem allegari solent, vereor, ut valde suspecta sint. Ejus generis est demandata a Caesare executio a Clasenio huc relata, quae cum diffidationibus nil commune habet, nisi quod utrobique armata manu ab altero quid exigatur, alias non ob *inimicitiam* quam jus *manuarium* supponit, sed ob *contumaciam*, suscipitur. Quae vero Kressius, cum ex formula banni *Erlauben jedermann seinen Leib*, tum ex *Capitulari* a Carolo M. Saxonibus dato de *incendio ex communi pagi placito adversus rebellem suscipiendo allegat*, prorsus non quadrant. Illa enim sunt verba *sententiae*, non demandatae *executionis*: haec vero *legis*, seu normae *generalis*, quacum diffidatio ad *certum* individuum dirigenda, nihil commune habet, tenorem continent. Neque, ut verum fatear, haec de qua loquitur textus, approbatio superioris, cum praxi speciali diffidationum coincidit, sive hanc de temporibus *ante* pacem publicam, sive *post* eam accipias. Priori enim casu sola *observantia* limitum in A. B. praescriptorum satis ratam efficiebat diffidationem, voluntate Imperatoris *generali* semel munitam: extra hos limites vero ut *latronum* more se invicem invaderent, permisisse imperatores, vix opinabile est. Posteriori, aut de *immediatis*, aut *mediatis* quaestio movetur: illi firmata tum satis *superioritate*, jure Belli se suo jure uti posse dudum agnoverant, nec unquam de indulgentia caesarea eum in finem cogitaverant: his vero, quo minus ad Caesarem pro indulgenda funesta licentia, post pacis firmamentum, nullis amplius limitibus inclusa, sed *abscisse* prohibita, refugium patuerit, ratio *superioritatis territorialis*, dominis regionum competentis, prohibet. Quae omnia efficiunt ut non perspiciam, qua ratione aenigma, in hac exceptione reconditum, solvi queat.

Longe minus de ratione *secundae* exceptionis constat. Quae enim potest inimicitiis justitia cohaerere, quamdiu *causa* ignoratur, quae ad vindiciam apta sit? Et quaenam demum est *justa causa*, unde impunitatem *tertio* loco repetit. Imperator? Determinatio specialis hic exulat. Eam autem arbitrio invadentis committere, et in re propria eum judicem facere, periculosum videtur. Et tamen si quid conjicis, ea mens imperatoris fuit, qui hunc passum ex A. B. mutavit, quae diffidationem sola *opinione justae causae* firmatam probaverat. Hoc si verum non satis perpendit, quantum intersit, statum diffidationum sub Carolo IV. ab eo qui *suo tempore* erat, distinxisse. Illi facilius congruit invasio sola invasoris opinione subnixa, quandoquidem tum temporis justitia diffidationis primario *clarigatione* absolvebatur, et ex sola *forma*

externa aestimabatur, cujus consequens erat, causam arbitrio *invadentis* committere, quum vix praesumendum, hunc eo usque praefractae frontis futurum, et absque sufficiente ratione minas esse sparsurum. Quicquid sit spem fefellisse legislatorem, et diffidationes ex levissimis non dicam parum honestis causis tum fuisse susceptas, ex ipsis monumentis edocemur. Ex multis quae ad manus sunt, ut unicum proferam, *Chronicon Thuringense*, quod Perill. *de* Senckenb. *T.* III. *Select. Hist. p.* 449. profert, evincit, Vasallos solius *odii* erga dominum ab invasoribus concepti caussa fatum diffidationis subiisse. Ita enim autor anonymus scribit: ***Als Simon von Waldstein nach Hause kahm, und vernahm, wie sein Herr Landgraff Heinrich mit andern Grafen und Herrn seine Feinde worden waren,*** denen er doch nie kein Leid gethan. *Sie hatten auch mit imh* nichts *sonderliches zu thun, dann dass sie seinen Herrn* zum Verdruss *seine Feinde worden, da sprach er: Es ist mir Leid, dass mich meine Herren vehden und hassen wollen,* welchen ich allezeit zu Dienst und bereit gewesen, *doch so muss oft der Knecht seines Herren mit gelten, und geniessen etc.* Et, quis crederet, *innopiae* praetextum tanti visum fuisse, ut eundem pro legitimanda invasione publice profiteri non vererentur. Testem eam in rem locupletissimum habeo Rolewinckium *de antiq. Saxon. Lib.* III. *c.* X. qui, dum de diffidationibus agit, observat *formosissimos domicellos solo necessitatis articulo violentas fuisse* cui jungenda ingenua confessio socii subscriptioni litterarum diffidationis emissarum inserta: *Gerung von Eimershoffen das edle Bluth*, das weing hat, und viel verthut apud Datt. *C.* XV. *N.* XLII. Haec et similia pristinis temporibus facile evenire poterant, et admitti debebant, postquam jus belli *privatis* competebat, sola ejus *executio*, ut *justi* speciem haberet, legibus circumscripta erat. Ex quo autem illud per pacem publicam penitus sublatum, et persequutio juris *judiciis* vindicata, nulla ratio superfuit Carolo V. ejusmodi refugium diffidantibus subministrare, et tam indefinita caussae allegatione, quod una via prohibitum, altera per *indirectum* indulgere: Quare mox facti eum poenituit, dum per novas tabulas pacis. *A.* MDXLVIII. *art.* I. et XXVII. legem pristinam *absolute* proihibitivam reduxit. Neque etiam video, quo colore nonnulli justae causae exceptionem de sola *defensione* interpretari potuerint. Hic enim notio diffidationis, *offensionem* rei praesupponentis, prorsus repugnat, nec verisimilis ratio me cogit ad credendum, Carolum V. de *moderamine inculpatae tutelae* hic tantum cogitasse. Diffidatio in Germania *plus* importabat, et praecipuum jus germanicae nationis, non solam defensionem, aliis gentibus *communem*, continebat ut vim faciant verbis, qui hanc, quoties de priori agitur, intermiscere gestiunt *de* Ludewig *ad A. B. T.* II. *pag.* 173. Per modum corolarii observo parum cohaerere tradita Leyseri *ad ff. sp.* DLIII. *Med.* VIII. qui his ipsis exceptionibus argumentum inesse, evincere cupit, *constitutionem criminalem primam* Maximiliano *tribuendam*, et a Carolo V. tantum fuisse *repetitam*, quasi

nullius genio magis conveniat praesens articuli CXXIX. dispositio, quam MAXIMILIANI, qui bellorum privatorum fautor fuit, et sic ex animi sui sententia talem quae huc vergeret sanctionem fabricavit. Nam uti elumbe est argumentum, quod ex praetensa indole *unius* articuli ad rogationem *integrae constitutionis criminalis*, cui nulla historia suffragatur, trahitur ita manifeste falsum, quod MAXIMILIANUS plus juri manuario, quam paci publicae faverit, quum alioquin negotium pacis, quod antecessores perficere non potuerunt, ipse ad finem vix perduxisset. Neque ratio suppetit, cur MAXIMILIANUS, si potius effrenatam licentiam tueri, quam pacem firmare ex sententia LEYSERI maluisset, istas restrictiones *paci publicae* non inseruerit, quod tamen factum fuisse non constat. Certe sola coactio statuum, qua hi MAXIMILIANUM ad negotium pacis perficiendum obligasse LEYSERUS asserit, quantacunque ea fuit, illum a mentione earum, non magis cohibere potuit, quam postea CAROLO V. vel tantillum impedimentum objectum fuisse constat, eas ordinationi suae adsuendi. Denique Bambergensem, quae hunc articulum restrictum totidem verbis continet, etsi imperante MAXIMILIANO promulgata sit ex lege Maximilianea mutuatam esse, gratis a LEYSERO asseritur, quam haec ipsa circumstantia ad petitionem principii redeat.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 57.

Quaenam conditio injuriae adjecta reatum obfirmet, vel tollat?

Uti *conditio* injuriis adjecta, veniam non meretur, nec injuriae quid detrahit, quum haec omnimodo vitiosa sit, etiamsi conditionate pronuntiata CARPZ. *decis.* XXXV. ita simile judicium de diffidatione ferendum, quae semper et absolute reprobata et sic sive pura, sive conditionata fuerit, poenae *ordinariae* subjacet. CAROLUS V. certe capitis poenam praeparavit iis, qui nec in transactione, nec in sententia judicis acquiescunt, sed jura praetensa *minis* ac *secessionibus* persequuntur, exactiones faciunt et sic effectu spectato hujusmodi *conditionatas diffidationes* suscipiunt, vulgo *Land Zwinger* dicti *Art.* CXXVIII. *C. C. C.* Restringendum tamen hoc ad eam conditionem, quae propositum nocendi *obfirmat*. Aliud dicendum, si id *tollat*, ex qua nil nisi simplex animi malitia colligitur, quorsum refero speciem, qua quis *dira minatur*: adjecta clausula: *nisi liberis meis parcerem*, cujus meminit LEYSER. *cit. loc. Med.* XII.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 69.

Differentia minarum simplicium a diffidatione.

Ita recte sentit Autor legibus ac moribus Germaniae convenienter. Etsi enim omnis diffidatio per minas fiat, non tamen omnes minae in diffidationem mox degenerat, sed eae tantum, quae *fractae pacis* rationem habent, h. e. quae *belli denunciationem*, qualis inerat diffidationi continent Belli vero ea est natura, ut *plures* tumultui periculo, et ruinae involvat, et signo quodam indubio quod *solemnis* denunciatio supplet, declaretur. Quae imprecationes huc non pertinent, ad simplices *minas* referendae. Non ergo *subjectum* cui minae denunciantur, differentiae rationem constituit, sed sola *qualitas* minarum. Nam vera diffidatio erat, si eques equiti bellum denunciabat, quia uterque conglomeratis copiis ac sociis ad pugnam procedebat, quod non poterat non tranquillitatem communem turbare. Ast quoties privati vulnera, aut necem sibi minantur, magis *singulare* certamen parant, sibi solis, non aliis nocere cupiunt, nec quicquam agunt, quod alios ad metum justum provocare posset, uti *Obs.* II. ostensum.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 70.

Modum cavendi securitas determinat. Judex ex officio cavere jubet. Ob damnum irreparabile carcere, alias fidejussoribus cavendum. Num juramento vel repromissione? Temperat cautionem qualitas personarum, professio, tempus, causa minarum, status animi minatoris.

Ut innocenti, contra quem varia quis molitur, verbis aut factis securitas procuretur, *civilis* ac *naturalis* ratio exigit, ceu *Art.* CLXXVI. *C. C. C.* clare comprobat. Fieri hoc aliter commode nequit, quam *cautione* idonea *de non offendendo*, de qua peculiari tractatu agit Herculanus. Fatetur tamen passim, usum et applicationem ejus plerumque in casibus specialibus ab *arbitrio judicis* pendere, cum regulae *generales* propter variam circumstantiarum mixturam saepe officium suum. Perdant potissima consideratio *modum* cavendi concernit, qui ex *fine* mensuram accipit, judicemque admonet, ut perpendat, quae in oblato casu medicina *sufficiens* esse potest. Etsi enim ad jus laesi pertineat, ut securitas ipsi lege jubente, procuretur, definitio ejus tamen finali non *arbitrio* petentis sed *judicis* relinquenda, et ab hoc prospiciendum cum, ne periclitantem deserat, aut nimis frigidam medicinam reposcat, tum ne petentium malitiae, imperitiae, vanoque metui, nimis indulgeat,

sed utique *mediam* viam teneat, ut nec *onerosus* quaerulans, nec *delicatus* minator nimium audiatur. Omnium minime quaerelae praecisae expectandae, aut ad excitandum judicem exigendae, ut Hahn *ad W. tit. qui satisd. cog. N.* II. existimat sed judex istam cautionem tanquam medicinam, publicam quietem concernentem non rogatus *ex officio* decernere potest. Vivius *Dec.* cccxli. *N.* I. imprimis si metus *scandalorum*, vel *armorum* subest. Ipsae minae, quas veras et liquidas suppono *duorum* generum sunt. Quaedam ad *incendium*, *stuprum*, *necem* aliudve damnum *irreparabile* tendunt, et sua natura *facile* executioni dari possunt; quaedam non ita sunt *funestae*, nec etiam *impletu faciles*, imo si applicatae, *reparationem* saltim in tantum admittunt. *Illis* cohibendis nec fidejussores, nec pignora sufficiunt, sed quaerens fundatam caussam habet, qui *carcerem et vincula* urget, iisque reum, imprimis temerarium, ac ferocem tamdiu detineri urget, donec animi emendati evidentia emergant indicia. Imo *operi publico* talem minitatorem in perpetuum addici posse, testatur Kress. *ad cit. art. C. C. C.* §. II. *N.* I. et praejudicium, quod ex Gerdesio refert Stein *ad jus. Lubec. Lib.* IV. *Tit.* XVI. § DLXV. comprobat. *His* vero beneficium satisdationis, secundum media *communiter* probata, cohaeret, operaturque, ut iis sufficienter procuratis, reus a vinculis se liberare valeat. Et *fidejussoria* vel *pignoratitia* cautio quidem quin tum admitti possit nullum dubium superest, quum nil validius reprimendae malitiae sit medium, quam dispendium bonorum notabile, ac intollerabile, tale vero utrique cohaereat, dum et fidejussoria ad certam *quantitatem* praestatur. Neutram cautionem si praestare potest reus, utrum *juratoria* admittatur? anceps disputatio est. Non *facile* eam admittendam communis doctorum est doctrina, quia raro est *einen genugsame nothdürftige Caution Gewissheit und Sicherheit*, qualem requirit *Art.* CLXXVI. *C. C. C.* et levitas animi, qua proh dolor! juramenta praestantur, vel minaces sermones eduntur, docet, parum fidendum esse ejusmodi assertioni. Idque dubio caret, si reus incorrigibilis nec poenis ob simile crimen se emendari hactenus passus est, Kress. *ad Art.* CLXXVI. *C. C. C.* §. II. *N.* I. quem in finem utile, in vitam ante actam, moresque inquirere, et de remedio his convenienti cogitare, quale hic sola *custodia* absolvitur. Circa alios non tam praefractae frontis facilius *simplicis* cautionis medicina admittitur. Müller *de verb. minant. Cap.* IV. §. XIII. ut tamen offensus regulariter invitus in ea protinus acquiescere non teneatur vid. Carpz. *P.* IV. *C.* XV. *D.* VIII. sed audiendus sit, utrum ejus *insufficientiam* justis causis docere queat, quum nemo cogi debeat, vitae, corporis, bonorumque securitatem alterius *juramento* committere. Nisi eum nimis rigidum aut delicatum in exigendo remedio esse, judex animadvertit qui, ubi saluti alterius satis juramento perspectum videt, juratoriam ex officio decernere potest, teste Leysero *Sp.* DLIII. *Med.* XXI. Plane repromissoria cautio ab *immobilium* possessore oblata, nullius usus est, siquidem ista tantum a cautione de *judicio sisti* liberat,

de qua in praesenti non quaeritur, nisi is bona *specialiter* oppignoraverit, teste eodem *Med.* XIX illud adhuc meminisse juvabit, in aestimanda sufficiente cautione 1) habendam esse rationem *personarum*, a quibus minae proficiscuntur, et in quas diriguntur. Nam si reus hactenus *consuevit* minas exequi, vel ob *morum* improbitatem, *potentiam* amicorum, maligna praesumptio in eum cadit, queri non potest, si paulo durius tractatur contra si quis *Thraso* minaci sermone incedit, aut imbellis; timidusque contra robustum quid molitur minae plerumque sunt *vanae*, nec pluris faciendae, quam vulgor ex pelvi, quamobrem tunc de *custodia* prorsus non cogitandum, sed levior *correctio* sufficit. Conditioni personarum quoque accenseo peculiare *vinculum*, quo quis alteri ad cohabitandum obligatur, unde *occasio* ad exequendas minas facilior sit, ut inter *conjuges* contingit, si mulier *mariti* saevitiam accusat, cui succurritur *separatione*, *sequestratione*, quoties ob mores deperditos, sibi non sufficere cautionem probabiliter allegat. His non multo dissimiles *subditi*, vel *glebae adscripti*, auxilium superioris contra minas magistratuum ac dominorum implorantes: licet enim pro his, quoties in jus vocantur, quaedam praesumptio militet, et ob potestatem, qua fulgent, *carcere* non commode compescantur, cavendum tamen, ne, qui quaerentur, ipsorum praedae ac suppressioni relinquantur Gail. *de P P. C.* II. *N.* XVIII. nec asylum quaerentes mox ex fuga redire ad dominos cogantur, nisi hi illis sufficienter caverint. Gail. *cit. loc.* Mev. *von Natur und Eigenschafft der Leibeigenen N.* LXXXIII. vel superior per *mandata poenalia*, ut plerumque sit, minantes satis cohibuerit a saevitiis. Tum II) ipsa *publicatio* minarum in hac indagatione non negligenda, ut constet, utrum quis minas *publice*, an *clanculum* professus sit quarum hae multo periculosiores et veriores sunt ac quidem illae quarum indictio minuit nocendi propositum, ut acriori remedio non adeo opus sit, nisi aliunde, hominem omnem pudorem exuisse constet. Multo minus III. posthabito *animi* statu protinus dira praeparanda ei, qui in *irae* calore aut *ebrietate*, dum sibi non conscius, minacia verba jactavit, quum omnis verisimilitudo executioni, quae non *praesens*, sed *futura* est, resistat, et sic nil metuendum sit. Imo, licet de animo sedato satis constet, adhuc *tempus* IV.) inspiciendum, quod multum temperat propositum, verisimilemque executionem, si discusso *fervore*, diu post alter abstinuit denique V.) *causae* minarum spectandae, quae, quo intolerabiliores et antiquiores, eo majus periculum conjunctum habent, et sic, quam primum minae jactantur, remedium *praesens* requirunt, imprimis, si *saepius* repetitae, reconciliationis expertes sunt, vel cum *praeparatoriis* in praesenti conjunctae, Kress. *ad cit. art.* §. *fin.*

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM XXXVII. N. 96.

Alimenta minatoris incarcerati.

Textus Carolinae, ex quo Auctor de expensis judicat, de eo casu loquitur, quo quis magis *accusatoris* quam *denunciantis* vices sustinet, et in sui gratiam nominatim petitum ad cautionem dirigit. Alioquin minitationem judici denuntiasse juvabit, qui idem illud agere debet, quod ante expositum, sive sit *rogatus* sive *non*, quo facto *alimentationis* onus merito in *judicem* transfertur, quamvis vice versa cautio huic praestanda sit, isque ex commissa stipulatione agere posset, ut recte notat Kress. *c. l.* §. IV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXVIII. N. 7.

Poena incendiariorum jure Romano non ex damno dato aestimata.

Qualitas *personarum* et *loci*, non aeque *damni* dati rationem decidendi olim subministrabat, tametsi post Auctorem nonnulli ex recentioribus jus romanum aliter explicent, et in *damno* poenae mensuram quaerant, exemplo Myns. *cent.* VI. *obs.* LXXXVIII. Grass. *Collat. jur. rom. cum recess. imp. pag.* 575. Mihi vera hujus rei nec vola nec vestigium succurrit. Certe mentio *casae* ac *villae* in *l.* 28. §. 12. *de poen.* id non infert, sed docet, JCtum ob rationem loci *agrestis*, in quo villa posita, mitius pronuntiasse, adeoque villam non propter damnum exiguum, sed *locum* memorasse.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXXVIII. N. 18.

Incendium qualificatum et simplex. Ratio poenae capitalis. Flamma sufficit, non consumptio aedificii requiritur. Conatus in qualificato capitalis.

Distinctionem inter *Brandt* et *Mordbrandt* non tantum jus *saxonicum* suppeditat, verum etiam suggerunt *LL. Goslar.* apud Leibnitz *T.* III. *rer. Brunsw. p.* 500. ibi: *bernet sunder Mord-brandt* certo indicio, majores utroque vocabulo non *unam*, eamdemque speciem sed *diversas* intellexisse, quod etiam agnoscit Mathaei *de crim. p.* 521. Quid autem utrasque distinxerit, non aeque liquidum est Speculatoris suevi definitio *Cap.* CXIV. *Wer Tages oder Nachts heimlich brennet* rem non conficit, quia omne incendium aut interdiu, aut noctu, aut semper clam per insidias fit. Neque solum *seditiosum* incendium, quod Schilt. *Ex.* XLIX. *Th.* CC. urget, conceptum qualificati incendii exhaurit, etsi id sub hac appellatione simul comprehendi, non negaverim. Rectius appellatio *Mordbrandt* ad eos refertur, qui cum singulari *improbitate* incendium *concitant*, quales sunt *seditiosi*, *conductitii*, aut

qui *rapinae* vel *homicidii* causa id exequuntur, aut alias famosi sunt et id tamquam *artem* exercent: *Brandt* vero quod ex sola *ira*, *vindicta*, contra certam personam concepta, suscipitur. Nam et *Mord* non *vulgare*, sed quodvis *pessimum* et egregie *improbum* homicidii genus notasse supra observatum est, quod rationem suggerit, *eodem modo* scelestissimum incendii genus tantum denotari suevisse per appellationem *Mordbrandt*. Quae cum ita sint, et gradus malitiae utrosque incendiarios evidenter distinguat, non iniquum foret, rigorem hodie ad *funestos* incendiarios restringere, *simplicibus* vero *gladii* poenam dictare, quam posteriorem etiam definiiam ab ordine JCtorum Hallensium novi, quum quis, notae alias melioris, ob absentiam amici, quem visitare cupiebat ad contrectationem rerum allectus, appropinquante eo, in ea se causa positum cernebat, ut aut ipsi in manifestam furti suspicionem ruendum, aut mox faces aedificio pro amolienda suspicione supponendae, quod posterius consilium is quasi ex *desperatione* ceperat. Sed praxis fere reclamat, et communiter probat, etiam *simplices* incendiarios ad *rogum* condemnari, ut docent Grass. *collat. jur. rom. cum Recess. Imper. p.* 774. Froelich. *P.* II. *Lib.* II. *Tit.* XII. *N.* II. Bluml. Clasen, aliique Commentatores ad *art.* CXXV. ut tamen *arbitrium* judicis non prorsus excludatur, secundum quod vel cadaver capite truncatum, vel reus, *gula constricta*, igni subjicitur, ut ex praejudiciis patet, quae exhibet Grass. *c. l.* et Brunnem. *de proc. inquis. C.* IX. *N.* LXXXI. Ratio tam atrocis supplicii non in *damno* dato, sed unico in *periculo* quaerenda, cui reliquorum civium aedificia contigua subjiciuntur, adeoque *publica* ac *communis* salus unice poenam *ignis* determinat, quod etiam agnoscit Clasen *cit. loc.* Hoc si verum est, non video, qua ratione rigor tunc, quum in loco *solitario* materia ustilis supposita, nullaque aedificia ad quae pertingere potuit flamma, contigua fuerunt, secundum sententiam Wernheri *P.* IX. *obs.* XII. applicari possit. Nam tum non de publica *conciviam*, sed de sola *ejus*, cui *nocitum* agitur salute, et sic simplex *damni* inferendi, non *securitatis* publicae turbandae consilium adest, consequenter *ratio legis* cêssat, secundum quam magis, quam verborum corticem jus reddendum. Ipsi Decemviri hanc aequitatem agnovisse, ex eo apparet, quod de incendio *prope acervum* posito, loquantur. Verba legis decemviralis paucis tantum mutatis, refert Cajus *l.* 9. *de incend. ruin. naufr. qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit vinctus, verberatus igne necari jubetur, si sciens prudensque id commiserit*. Quam ob rem dempta domus contiguitate, nequidem ad gladii poenam confugiendum, ad quam inclinare videtur Grass. *cit. l.* sed in *extraordinaria* subsistendum ceu recte docuerunt Beyer. *ad hunc Art. pos.* VI. Froel. *cit. loc. N.* VI. Kress. *ibidem* §. II. *N.* I. Magis videtur dubium, an ratio metuendi periculi se eousque extendat, ut etiam ob *conatum* feralis sententia sit praeparanda? Sunt, qui ita sentiunt, quoties ad actum *proximum* conatus pervenit, quia in aliis criminibus *gravioribus*

idem obtinet, quemadmodum post ZIERIZIUM disputat CLASEN. Sed ipsa eorum doctrina, secundum quam, materiam ad minimum *ardere* coepisse supponunt, satis arguit, illos *consumationem* in sola *combustione* quaerere, quod tamen erroneum et significationi vocis Brenner contrarium quum pro incendiariis omnes habendi, quorum opera eo usque processit, ut *flamma* fuerit *excitata*, sive aedificium consumptum fuerit, sive non, quorsum rationes Auctoris *N.* XLI. pertingunt. An non vero ad minimum ea species, quae *Mordbrandt* vocatur, si vere attentata, in actu *proximo* consistat, *gladii* supplicium mereatur, ut BEYER et KRESS. *ad Art.* CXXV. *C. C. C. N.* II. notant, alia quaestio est, quam non invitus affirmaverim, etsi ex communi doctrina dissentiat GRANZ. *P.* II. *pag.* 222. *N.* DCXXI. et DCXXIV.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXXVIII. N. 33.

Poena incendii non ex jure Romano aestimanda.

Nescio, quid in mentem venerit post BOCERUM BARTOLDO *de incendiar. Cap.* III. *N.* XXVII. quod has a loco et personarum qualitate olim petitas circumstantias adhuc hodie in applicanda poena attendendas existimet, quasi 1) CAROLUS non tam novas leges condere, quam jus *romanum* et quae huic in sumenda contra incendiarios vindicta propria est distinctionem tacite confirmare voluerit 2) regulae interpretandi non admittant, ut lex posterior *generalis* corrigat ea, quae olim *speciali* jure obtinuerunt. Enimvero quod ad primam rationem attinet contrarium evincit reipublicae Germanicae indoles, quae suas proprias leges ad simplicitatem naturalem compositas, etiam hac in re habet et incendium omni aevo *sine ulla distinctione* delictis capitalibus accensuit, adeoque non indiget legislatione *peregrina*, tum demum ubi instituta propria deficiunt, applicanda. Et quamvis Auctorem legis nostrae juris romani studiosissimum fuisse, aliunde certum sit; tamen quum, quod ipsi saepius in aliis juris articulis solemne est, ad illud provocare, hic prorsus obmutescat, melius a *silentio* contra jus romanum concludendum est. Altera ad petitionem principii pertinet, quum CAROLUS moribus patriis tinctus incendium in sensu juris Germanici, quod nullam *loci* rationem unquam habuit, tractaverit, et sic hac sua indefinita constitutione prorsus a jure romano recesserit, aliter omnino legem rogaturus, si ipsum ulla in parte *peregrinarum* legum cura tenuisset. Unde merito hanc doctrinam prorsus profligarunt BLUML *ad cit. art. N.* II. GRASS. *p.* 777. KRESS. *ad h. art.* §. I. N. I. Solus PUFFENDORFF *proc. crim. C.* XXV. §. XL. loci vel ideo rationem habendam existimat, quod *gravius* in urbe ex incendio damnum existere possit, propterea quod contiguae aedes sibi vicinae, aliter ac in *pagis*, quorum aedificia non sunt contigua. Sed haec ratio in *facto* consistit, et experientiae repugnat. Licet enim pagis contiguitas non sit semper

immediata: sufficit tamen, quod non eousque remota sit quin flamma eo pertingere, latius serpere, et plures aedes consumere possit, quod ad periculum utique sufficit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXXVIII. N. 83.

Exasperatio poenae ob reiterationem.

Quae ratio ob *concursum* aliorum criminum exasperationem ex sententia Auctoris suadet eadem illam ob solam *reiterationem* dissuadere nequit. Haeret forsan Auctori praeconcepta opinio, quod exasperatio a Carolo V. nominatim in *latrocinio*, *veneficio*, *infanticidio* ac proditione jure prorsus *singulari* statuta sit, quum tamen quidquid de his *nominatim* eam in rem cautum, non tam his exemplis, quam *atrocitati* scelerum debeatur, quae aliis criminibus, et in specie *incendio* quoque communis est. Neque metuendum, idem jus alioquin in adulterio vel alio delicto capitali locum esse abiturum. Nam comparatio *simplicis* delicti capitalis, quale est adulterium, cum hoc, quod ipse *atrocissimum* esse judicat, admodum vacillat, nec ratio apparet, cur in tam *infausto* scelere *misericordiae* rationes judicem movere debeant, perinde ac ipse infra in *rapina Qu.* XC. *N.* XIV. statuit, cui tamen exasperatio nulla lege nominatim imposita. Quamobrem non improbanda severitas, si de reiteratione constiterit, etsi praeter illam nulla alia circumstantia aggravans accesserit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XXXIX. N. 8.

Poenitentia quatenus mitiget poenam?

Justo indulgentiores sunt, qui cum Auctore ordinariam poenam ob *poenitentiam* remittunt, etiam in casu, quo flamma jam excitata. Hoc enim facto crimen est vere *consumatum*, non tantum *inchoatum*, adeoque poenitentia pro sera habetur. Si materia ubstilis nondum accensa, etsi foenilibus, aut aedificiis subjecta, non multum repugnarem, quum ipsa *ultronea motio* materiae nocivae antea suppositae, doceat, curas *posteriores* ex animo *emendato* oriri, quare poena *arbitraria* ad refrenandum factum olim cogitatum, sed postea ultro neglectum, sufficit, quae non facile ultra *relegationem* extendenda, secus ac sentit Granz. *P.* II. *pag.* 207. *N.* DL fustigationen admittens. Hoc tamen priori casu non negligendum puto, ut respiciatur, utrum tempore, quo homines ad extinguendam flammam convocati, ignis *paulisper*, an *late* serpere jam coeperit, ut ejus suppressio facilior vel difficilior fuerit. *Priori* casu admitti potest sententia Auctoris, non item *posteriori*, ubi, si deletio ope aliorum in *ambiguo* discrimine feliciter processit, eventus mero *casui* tribuendus, qui improbo facinoris executori prodesse nequit. Alibi res ex *damno* hoc casu dato dependet, ut de *Jure Tyrolensi* testatur Froelich *cit. l. N.* VI. *pag.* 125.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XXXIX. N. 26.

Juventutis ratio. Alicubi plena pubertas ad poenam capitalem necessaria.

Si magis imprudentia, quae *lubrico* aetatis propria quam dolo peccatum, quod ex circumstantiis facti pendet, nequidem mortis poenam definirem. Res plerumque pendet ex aliis juvenilibus, vel seriis rei actionibus, quousque in sententia procedendum Leyser *cit. l. Med.* III. *N.* XIV. Jure *Tyrolensi* plenae pubertatis tantum ratio habetur in ferenda tristi sententia, ante mea mollior probatur Froelich. *c. l.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XXXIX. N. 38.

Culpa lata corporali poena coërcetur.

Si sola *culpa* incendium excitatum, nequidem processum inquisitorium locum habere existimat. Berger. *El. crim. P.* II. *pag.* 358. quod admitto si culpa levior fuerit, nam *lata* reum ad poenam *corporis afflictivam* condemnat, de qua non, nisi causa rite cognita decernendum, quorsum etiam refero, si dominus ipse fores praecludit, et alios suppetias ferre paratos, impeditque minus succurrant. Exemplum incendii culpa *lata* commissi habes in *Consil. Tubing. T.* IV. *Cons.* CCXXIII.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XXXIX. N. 57.

Dominus ex incendio culpa famulorum excitato non tenetur, nec is, cujus inimicitiae occasionem dederunt..

Semper mihi suspecta visa sententia eorum, qui *dominum* ex facto famulorum, siquidem in *expeditione* negotiorum ipsius occupati, ad damnum datum teneri docent, quia naturalis et civilis ratio impedit, quo minus factum unius, qui solam *occasionem* praebuit, alteri imputetur *l.* II. §. I. *de publican l.* II. *de peric. et commod. rei vendit.* et rigorosa postulatio videatur, ut Dominus famulorum perpetuus comes sit, denique *praepositio* per se culpam haud involvat. Non aliter ergo dominus ad rationes reddendas, salva aequitate tenetur, quam si in *eligendis* famulis debitam praecautionem non adhibuit, homines dissolutos operi praefecit, vel parum providos objurgare neglexit, quia tunc demum factum *culpabile* commisit. Convenit hoc *l.* II. *de per. et com. rei vend. et Spec. Saxon. Lib.* II. *art.* XIII. et satis probatum a Mevio *ad jus. Lib. P.* III. *Tit.* VIII. *A. l. N.* XXIV. Quae utrinque in hanc rem proferri soleant rationes, vide apud Philippi *ad dec. El.* LXXIX. *Obs.* II. Huic vicina est quaestio utrum is, cujus *inimicitiis* incendium exortum, damnum resarcire teneatur, quam

affirmat Auctor *Lib.* VI. *Tit.* X. *R.* CVII. sed sine solido fundamento, quum culpa, si quam commisit, non sit *ordinata* ad incendium adeoque ad meram causam *occasionalem* referenda.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XXXIX. N. 70.

Culpa exorto incendio ab allegante probanda.

Litigant inter se interpretes hodiernum circa hanc quaestionem, nec litigare desinent propter rationes, quae utrinque non sine specie allegantur. Ex professo de ea agit Vinnius *Lib.* I. *qu.* XXXV. Voet *ad ff. tit. ad l. aquil.* §. XX. Offendit plerosque, qui Auctorem sequuntur effatum cum Alfeni *in l.* II. *de per. et com. rei vend.* tum Pauli *in l.* 3. *de off. praef. vigil* ex quo praesumtionem juris, patrifamilias obstantem eliciunt et ex eo quod plerumque fit, illum probatione onerant. Verum ipse Alfenus *incendium sine culpa fieri posse, et patremfamilias diligentiam adhibere, non probare debere* asserit. Tum praesumtio quae ab eo, quod ut plurimum fit, si alia desunt adminicula, paulo generalior et levior est, quam ut vinceret solertiae praesumtionem, qua nemo tam resupinus est, ut bona sua aleae, et consumtioni expositurus sit. *l.* 25. *pr. de prob.* Cui accedit, quod culpa in *facto* consistat, et actor de fundamento agendi fidem judici facere debeat. Quare merito praefero sententiam Mevii *c. l.* et Wernheri *p.* I. *obs.* C.C. Schilt. *Ex.* V. §. II. qui paterfamilias a probatione absolvunt. Haec tamen obstans praesumtio operatur, ut plerumque *purgatorio* juramento lis definienda sit, fatente Kressio *ad art.* CXXV. *C. C. C. in fin.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XL. N. 10.

Quid vis publica et privata? Utraque appellatio mere subsidiarie est. Variae species vis publicae.

Quae quondam vera nota caracteristica *vis publicae* vel *privatae* fuerit inter eruditos non adeo liquet. Qui in qualitate, potestateve *personarum*, a quibus, vel quibus infertur, subsistunt, facile refelluntur, tot exemplis vis *publicae* in personas *privatas* tantum cadentibus. Jacobus Gothofredus *ad l.* 103. *de R. J.* vim, prout jus publicum, vel privatum violat, determinat, et sic ab *effectu* suppetias petit. Qui tamen neque auctoritate veterum JCtorum juvatur, neque ratione *sufficiente*, notionem vis publicae exhauriente. Sed nec *locus* publicus vim protinus reddit publicam, quum alioquin vexae, laesiones, rixae ideo, quia forsan in via publica exortae, ad vim publicam pertinerent, ita vero judicii publici ex hoc capite exercendi nullus finis foret, quod etiam agnoscit Thomasius V. II. *derer Juristischen Handel Obs.* II. *pag.* 83. Unde plerique ad *modum* h. e. *arma* confugiunt propter §. 6. *J. interdict.* et *l.* 5. *h. t.* quam sententiam, cum

stuprum *violentum et raptus*, tum impositio novorum *vectigalium*, quorum reatum neuter arma requirit, ambiguam reddit. *l. fin. ff. ad l Jul. de vi publica l.* 24. §. *f. ad l. Jul. de adult.* Quid vero prohibet, quo minus solius *facti* atrocitatem, quae ex multis causis oriri potest, JCtos ad respondendum pro vi publica determinasse, asseramus? Nam una eademque vis pro diverso *circumstantiarum* concursu, publica vel privata esse potest, *prior* tamen non aliter, quam si *notabilis*, ac *momentosa*, posterior si *levioris* notae fuerit. Sed nolim hoc ipso *Triboniano* contradicere, cujus definitio, si a *potiore* accipitur, et ad vim turbativam restringitur, nec ad compulsivam extenditur exemplo *celeb.* Ottonis *ad cit.* §. 6. non adeo spernenda, licet ob dubia ante allata maxime aequivoca sit, quibus supersedere possumus, quoties in facti *qualitate* acquiescimus. Has conjecturas ad explicandum jus romanum adduxisse sufficiat, a quo jus hodiernum in eo differt, quod cum hac Crisi nil commune habeat, quandoquidem determinatio poenae deportationis, et vicissim confiscationis tertiae partis bonorum, quam *lex Julia* continet, conditioni Germanicae civitatis vix convenit, sed poena fatentibus omnibus ubique arbitraria obtinet, adeoque perinde est, sive vis ad publicam, sive ad privatam referatur. Ita saltim forum judicat, et usum poenae *capitalis* non adeo frequenter agnoscit, in quo descivit a moribus domesticis vetustis, qui vim publicam quatuor delictis capitalibus *Raub. Mord Diebstahl Nothzucht* accensuerunt, et sub posteriori non solum stuprum violentum sed violentiam *quamcumque* comprehenderunt, observante Puffend. *de jurisdict. Germ. P.* II. *S.* II. *C.* I. §. XXV. Hertio *de sup. territ. Th.* LVII. Hoc unicum jure hodierno notari meretur, quod, quoties de vi publica jus reddendum, non solum arcem vel armatam violentiam adduxisse sufficiat, sed praeterea opus sit, ut factum *innominatum* ac *separatum*, crimen, cui certa poena respondet, non cadat. De *fracta pace* hoc ipse Auctor monet, sed idem de *stupro violento*, *raptu*, *furto qualificato* dicendum, quibus peculiare nomen et definita poena capitalis praescripta, et ob hanc ipsam rationem vindicta ex *hac lege* non imponenda. Nam per istam *specialiorem* determinationem hae species a dispositione, quae circa vim publicam versatur non possunt exemptae esse, licet ob facti qualitatem in sensu generali huic non male accenseantur. Nec ulla necessitatis ratio, cur ad hujus conceptum recurrendum sit, allegari potest, quum ejus sententia non modo in his casibus sit mere otiosa, sed prorsus per poenam *noviorem* antiquata. Adeoque appellatio vis publicae et privatae cum lege Julia nobis vere videtur *subsidiaria*, et in iis tantum speciebus utilis esse, in quibus leges posteriores nullum peculiare *nominatum* crimen formarunt. Nominatim notari hic meretur, quae per resistentiam magistratui, ejusque ministris, jussum superioris rite exequentibus, suscepta. Si de facto processit judex, defensio quidem permittitur, sed oportet factum *manifestam* injuriam sapere, alioquin si in mera *solemnitate* peccat, vel *fervore* abreptus violentius quam parerat, quid

facit animadversionem haud effugit is, qui in dubio se non submisit, sed repugnantiam factis declaravit, Leys. *Sp.* 590. *N.* XII. Par ratio resistentiae, etiam armatae, exactionibus *principis* injustis oppositae, de qua infra *Q.* XLI. *N.* CVIII. Proxima huic violatio *excubiarum*, a qua ut abstineatur salus publica requirit. Quem in finem illa passim gravioribus poenis v. c. *manus amputatione*, vel *capite* coërcetur, Carpz. *jurisp. for.* *P.* IV. *C.* XIII. *def.* V. similis est inspectio ratione cujuscumque spolii vi *majore* inter privatos perpetrati, de quo judex ex facti qualitate judicabit. Difficilius excitatio *turbae* vim privatam excedit, ut Leyser variis exemplis *Sp.* XLV. docuit, et sic pro ratione *effectus*, in publicum redundantis, *arbitrarie* coërcetur. An et quatenus ii, qui *sibimet ipsi jus reddunt* in vim incidant, quaerit Leys. *Sp.* dxciv. *Med.* I. et ne *pactum* quidem de occupanda re propria auctoritate reatum tollere, propugnat, quod admitto, si alter *resistit*, alterumque in eam conditionem conjicit, ut ipsi vim faciat, alioquin non video, cur conventio talis haud effectum habitura sit plenissimum. B. Parens *de poen. jus. sibi dicent. fine jud. Cap.* I. §. XVII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XL. N. 19.

Natales pacis domesticae. Indoles ejus specialis. Poenae turbatorum.

Violationem securitatis *domesticae* pro specie fractae pacis habitam omni aevo fuisse, monumenta vetera satis evincunt. Est tamen hoc crimen in *Germania* natum, et determinationem suam a legibus domesticis accepit. Quare in his subsistendum, ubi de eo quaeritur, non vero ad jus peregrinum expatiandum, aut ex *sanctitate larium* illud illustrandum, in quo peccavit Gerdesius *de pace domestica*. Meliori successu id pertractavit Beyer in *peculiari opusculo* et pro ea, qua in rebus domesticis pollet, eruditione, mirifice illustravit. Interim mirum, qui fieri potuerit, ut mox in principio conqueratur, ejus in legibus *publicis* ac *provincialibus*, et speculo Saxonico nullam mentionem injici, sed vestigia quaedam tantum ex *statutis* addisci. Enimvero dudum leges illud speciatim notasse patet, ex lege *Wisigothorum*, quae de exclusione, vel inclusione alicujus in domo sua *Lib.* VIII. *Tit.* I. *C.* IV. *Bajuariorum*, quae Tit. X. *C.* I. II. de his qui *per vim curtim ingrediuntur*, agit, nec non *capitulari Caroli. M.* quod domorum effractores ac spoliatores *Lib.* III. *C.* LXV. *Lib.* VI. CCCLXXXII. *Lib.* VII. *C.* CXLIX. capitali supplicio coërcet. Tum pacis domesticae vio-

latores ideo, quod domus cuique tutissimum refugium est, HENRICUM II. exilio mulctasse ex *Chronica* quod exhibet LEIBNITZ *T.* I. *Rer. Brunsw. pag.* 402. discimus. Et quem fugit. *Spec. Sax. Lib.* III. *Art.* LXXVIII. §. IX. *Hauss Friede soll jeder in seinen vier Pfahlen um Hause haben, damit er vor manniglichen darin unvergewaltiget bleibet.* Geminum his est *speculum suevicum C.* CXV. *N.* X. Specialibus vero poenam determinat. *Weichbildum Magdeburgicum Artic.* XXXVII. XXXVIII. LXXXVIII. *thuet ein Mann dem andern Haustsuchung bimen Weichbild mit unrechter Gewalt, es gehet ihm an den Leib.* Fuit ergo hoc jus, quo pacis domesticae violatio specialiter efformata, et exemplo pacis publicae fractae, punita priscorum Germanorum universale, qui, sibi a violentia palam et in locis publicis usibus destinatis facta cavisse, non contenti, tanto magis fractionem pacis domesticae horruerunt, quanto minus ea sine facto *repentina, improviso* ac plerumque *insidiosa*, ast a genio Germanorum longe alieno, fieri potest. Hoc verum, nominatim mentionem ejus in legibus publicis Imperii ac provincialibus vix fieri, solasque reliquias in speculis statutisque *Saec.* XIII. frequenter conditis, superesse. Sed quid inde? Num id sufficit, ad negandam criminis *antiquitatem*, ejusque *latiorem* per totam Germaniam ambitum? Certe sententia statutorum non jus *novum*, sed vetus, seu meram *extensionem* pacis publicae ad aedes privatorum continent, quia quod *statuta* ea de re intuitu singularum civitatum definiunt, sanctione legum *universalium*, pacem publicam firmantium, virtualiter comprehenditur, adeoque hae ipsae, si non *verbis*, re et *effectu* tamen pacem *domesticam* dudum sanctam esse voluerunt. Quod si quis negat eum aut verbis ludere, aut rationem solidam cur securitas domestica a publica separanda sit allegare oportet, quod quum fieri nequeat, de crimine fractae pacis domesticae antiquitate non adeo dubitandum, quam praeter leges vetustas factum Henrici antea allatum satis corroborat.

Proximum est, ut *indolem* ejus propriam examinem. Quae Auctor hunc in finem proposuit, non a vero videntur aliena, argumentis tamen probantibus, ex jure *civili* desumtis, nihil ponderis inest. Si *statuta*, quibus penitior determinatio debetur, consulo, eorum non una eademque est criminis explicatio. In *Speculo Saxanico Weichbildo Magdeburgica* et multis statutis solam vocem *Germanicam Hauss Frieden Bruch* ad summum *paenam* invenies, descriptionem rei, quasi notoriae, et ex opinione majorum lippis tonsoribusque notae, nullam. Jus *Juticum* in solo facto *hastili* subsistit *wel der Vienthlicken angeit in enes andern Hus*, apud DE WESTPHALEN *Rer. Cimbr. T.* I. *pag.* 2012. Specialius vetus Codex *Juticus* c. I. violentam *vulneratianem*, vel *ablationem* rerum in domo privata susceptam huc refert, *geit en Mann mit raden rade in enes andern Mans Hus, und bricht dat Hus un nimt drut Veb, Kleider Wapen edder ander Gut dat is Herwerck* (*Gewalt*) Sleit he oen ock edder handet cevet, *edder verwundet jemand in des werders Hus dat is Herwerck.*

Similiter vim aut *aedificiis* illatam aut *hominibus* inhabitantibus, huc refert. Statutum *Hadelense P.* IV. *Tit.* V. apud Puffend. *T.* I. *Obs. in append. p.* 49. ibi *ein jeder soll in seinen vier Pfählen haben Friede, vvenn nun einem bey Tag oder Nacht Gevvalt in seiner Behausung vviederfahret oder freventlich Thurn und Fenster zerschlagen vverden etc.* Jus *lubecense* idem ad *vulnerationem* injuriasque reales ibi illatas extendit *Lib.* IV. *Tit.* VIII. *Art.* V. Omnia haec loca in eo conveniunt, quod crimen fractae pacis domesticae ad praemeditatam injuriam realem, quae sine vi concipi nequit, referant et ex loci securitate speciali atrocitatem facti repetant, inferant; tametsi in *gradibus* injuriae definiendis differant, atque hoc respectu non *ejusdem* sortis sint. Ob *simplicem* rixam vel injuriam verbalem jus de fracta pace domestica nec olim reddebatur, nec hodie reddi potest, adeo ut ne quidem eum, qui domum intrat, patrem familias de injuriis, quas is eructasse fertur interrogaturus, hujus criminis reum faciat Beyer *c. l.* §. XXVIII. modo offensa non effecerit, ut a verbis ad verbera descensum et *actu* vis illata. Talis enim, dum animo indirecto verberandi aedes intrat, et *des Frevels* reus est, consiliumque improbum cum effectu conjungit, omnia agit, quae notio hujus criminis requirit. Alioquin, si is ideo, quod sine vi ad aedes accesserit, se tueri posset, de pace *domestica* actum esset, et quilibet semper rixas verbales inchoare, vim autem postea secutam, hac exceptione elidere posset, quod recte contra Beyerum observat Leys. *Sp.* DCXI. *Med.* VI. Alicubi in specie *coadunatio* hominum requiritur vid. *jus. Lüb. c. l. mit seinen Helffers Helffern*, ut eo magis fractioni pacis accedat; sed pleraque statuta in singulari loquuntur, certo argumento etiam *unum* vim in aedibus alteri inferentem, huc pertinuisse, quum etiam singulorum violentia superare possit defensionem inhabitantium. Vocatur ideo scelus in genere *Haussuchung*, Weighb. *Art.* LXXXVIII. saepe; *Heimsuchung*, apud Datt. *de P. P. Libr.* I. *Cap.* XVIII. *N.* XXV. *Spec. Suevic. Cap.* CCXXVI. vel anglorum vetere sermone *Hamsoena* ut ex MSCto apud Congium observat Puffendorff *de jurisd. Germ. P.* II. *S.* II. *C.* I. §. XXIX. Neque ratio defuit haec ipsa specialius determinare, et in genere violationem pacis domesticae ad peculiare crimen referre. Constat enim quam lubrica durante jure *manuario* in medio aevo fuerit pax publica, et quam facile eludi potuerit, facta *denunciatione*, ut quilibet etiam pacis amantissimus violentiis se expositum animadverteret. Ne ergo omnis omnino securitas praecluderetur, opus erat *certis locis*, quibus jure singulari pax imponeretur, quique a jure manuario prorsus excluderentur, ut qui hic delitesceret *plenissimo* asylo se frui posse sciret. Talia erant *Castella*, *Ecclesiae*, speciatim *domus* in usum familiae comparata, non aeque *caupona*, cui quia magis ad usum voluptuarium, et confluxum publicum destinata, pax illa non addicta, ceu patet ex jure *Lubecensi Lib.* IV. *Tit.* VIII. *N.* V. Hinc denominatio *das Burg, Kirchen, Hauss Friedens* imo videtur haec pax longe *sanctior* fuisse quam *publica* quia 1) non

temporalis sed perpetua erat nullo temporis momento infringenda 2) eludi non poterat *denuntiationibus*, pacem publicam misere restringentibus. Suadent saltem hoc statuta tantum non omnia, quae tam indefinite vim in aedibus privatis reprobant, ut ne vestigium quidem subministrent, unde colligi posset, datum hic aliquid fuisse *clarigationi*. Hanc enim, qui diffidationibus praemittebat, non hoc agebat, ut asylum *domesticum* impugnaret et vim in aedibus inferret, sed ut *palam* congrediendi propositum ostenderet alterumque quasi e *latebris* evocaret. Adeoque erat instar provocationis, quam, qui defugeret nec animose in publicum prodiret, sibi imputare debebat, si, incendio ab adversario postea excitato, et sequuta expugnatione tanquam consequentiis belli privati, direptiones, caedes aut vulnera in ipsa domo sequebantur.

Poena ejusdem nec olim fuit nec hodie est *uniformis*; alicubi quocunque demum modo securitas violata *capite* luebatur. Ita jus vetus *Brunswincense* apud Leibnitz. *T.* III. *Rer. Brunsvv. p.* 506. *Sive man den Husvrede brecket de hevet to rechte den Hals verbort*, quod totidem verbis repetit *Statutum Cellense* apud Eundem *p.* 435. Nec aliter jus *Lubecense c. l.* disponit, quin imo capitis poenam suo modo ad violationem aliorum locorum *sanctorum* extendit. Alibi sola *pecuniaria* poena tantum definita, ut ex jure *Jutico Hadelensi* et *Dithmarsico Cap.* CVII. aliisque statutis plena manu ab *Illust.* de Westphalen *cit. loc.* allegatis, apparet; quod mirum esse nequit, iis, quos jura Germanica docuerunt, aliam nequidem in *homicidiis* locum habuisse. Neque tamen ideo arguendum, in iis locis, ubi homicidia pecuniaria poena coërcentur, eandem servare statuta circa hoc factum, ut de Westphal. *c. l.* colligit. Nam id multis modis fallit, quum mos pecunia luendi homicidium, non aeque rigor poenae capitalis, uti in hac specie fuerit ordinarius ac regularis praeterea compositio pecuniaria etiam ibi viguerit, ubi violatio pacis domesticae morte expiabatur, ceu ex allegato jure *Brunsvvincensi*, *Cellensi*, *Lubecensi* constat. Opus enim alicubi erat rigore, ne pax domestica evilesceret sed ut compescerentur qui asylorum jura segniter servabant, quod ne fieret, durante jure manuario, quam maxime intererat. Sit ut sit, nec poena capitalis, nec pecuniaria nostris moribus convenit, sed poena fere est *arbitraria*, eaque oppido levis, magis ex principiis legis *Juliae*, quam Germanici moris definiri solita. De quo non immerito conqueritur Beyer §. XLII. et necessitatem pacis domesticae omni violationi antehabendam urget. Equidem necessitatem *asylorum* ad vim majorem declinandam ignoramus, adeoque ratio juris Germanici cessat secundum quam post nimiam majorum indulgentiam *publicis* violentiis cohaerentem, refugio quodam ejusque sanctitate peculiari opus erat. Verum hoc tantum docet, poenas non facile ad *mortem* esse extendendas ob solam domus reverentiam, *sanctitatem* ipsam vero, quae sua natura eidem cohaeret, penitus non tollit, adeoque in arbitrariis merito efficere debebat, ut paulo rigorosiores essent judices in vindicandis reatibus, injuriis, vulneribus, contra eos,

quos nequidem *domestica* securitas cohibuit a lesionibus inferendis.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XL. N. 29.

Raptus, crimen non carnis sed vis publicae. Poena juris Romani et hodierni. In honestas non meretrices committitur. Num in sponsam propriam? Vi etiam compulsiva constat. Raptus in volentem pupillam. Matrimonii praetextus quatenus excuset? Causae mitigantes. Poena auxiliatorum.

Criminis *raptus* expositio, quam hic subjungit Auctor valde perfunctoria est, ut mirer eundem illi *specialem* quaestionem non dicasse, prout in *stupro violento* fecit, quod aeque hic tractare, non ad carnis crimina relegare debuisset, quum utrumque ex vis publicae indole aestimandum sit. Unde gratiam benevoli lectoris me initurum confido, si Auctorem suppleturus, de eo distinctius commentatus fuero. Est videlicet RAPTUS *abductio personae honestae invitae plerumque per vim, libidinis exercenda causa facta.* Constituit ergo verum *vis publicae* crimen, sive factum *violentum* conspiciatur, quo invitus infamem injuriam subire cogitur, sive *securitas* publica, qua castitas et integritas omnium honestarum personarum malo exemplo in discrimen vocatur, et quod fatum unus unave in praesenti subire cogitur, *omnibus* omnino imminet. *Directo* enim, an *oblique* publicum commodum notabiliter violetur, quoties de vi publica jus reddendum, nil interest, dummodo *universos* tangat, nec solam privatorum injuriam sapiat. Tale quid autem in *raptu* sine dubio conspicitur, ergo nil convenientius quam, quoties de eo quaeritur, hujus qualitatis meminisse, sibique cavisse a doctrinis eorum, qui de eo non aliter, ac de *carnis* crimine, cogitant, qualitates hujus illi perperam tribuunt, et sic conceptum ejus verum ac genuinum, si non ubique, ast saepe in casibus singularibus turbant. Ipsi JCti romani, quoties de ejus *praescriptione* respondebant, non dubitarunt, ad *vicennium*, quod legi *Juliae de vi publica* proprium, recurrere *l.* 5. §. 2. *ad L. Jul. de vi publ.* omisso, quod lex *Jul. de adult.* requisiverat, *quinquennio*, certissimo indicio, illos nihil minus, quam *criminum carnis* ideam vexasse, sed sola jura vis publicae ad decisiones provocasse. Quod principium autem in uno casu amplexi, in caeteris dereliquisse non videntur. Ita vero mirum qui fieri potuerit, ut JCti nostri aevi, haec non animadvertentes, sibi imponi passi fuerint decisiones, cum hac limpidissima doctrina pugnantes, et ipsam criminis naturam in novam plane formam contra legum tenorem conjicientes. Quod, nescio, utrum *perfunctoriae* meditationi, an non potius *cerebrinae* aequitati tribuam, quae plerosque tantopere occupavit, ut ad palliandam eam, quales rationes, etiam naturae rei non convenientes, allegare e re sua duxerint, ceu ex sequentibus patebit consentit GRANZ. *P.* II. *pag.* 303. *N.* XX. Multo liquidiora haec omnia fiunt, si *poenam* perpendimus, cum

singulari *rigore* facto oppositam, ad cujus definitionem nunquam pervenissent legislatores, nisi majus momentum, quod jus et laesionem privati qua crimina carnis constant longe superat, eamdem extorsisset.

Est autem haec capitalis *gladii*, quam dudum constituit JUSTINIANUS cum in *l. un. C. de rapt. virg.* tum in *N.* CXLIII. et non modo cum vindicta *privata*, raptorem impune necandi consanguineis concessa, verum etiam cum *confiscatione* bonorum conjunxit non ut fisco, sed ut vitiatae consuleret. Eamdem mortis poenam *auxiliatoribus* quoque minatus est, ut ex cit loc. apparet. Interim ne quid rigori deesset, neve refugium pateret raptori poenam promeritam, sub obtentu nuptiarum sollicitatarum, effugiendi, *matrimonio* cum rapta prorsus interdixit, et huic in solatinm *bona* raptoris addixit. Ab hac severitate non recessit CAROLUS V. sed eamdem de novo satis firmavit, dum judicem in definienda vindicta publica pure *auf die Kayserlichen Rechte* remisit, quo factum, ut ea in constantem praxin,quo hodie num utimur, sit deducta, de qua testantur LYNCK. *Resp.* CXLIV. BROVER. *de jur.connub.Lib.* II. CXXIII. *N.* XXVII. et commentatores ad *cit. art.* Quid? quod statuta varia particularia in *El. jur. crim. S.* II. §. CXLI. allegata eamdem sanctionem repetierint, et hoc ipso usum capitalis supplicii tanto magis firmaverint, quod alioquin rarum, quum pleruinque eorum architecti id egerint, ut rigorem poenarum legibus imperii probatum *temperaverint*, et quantum fieri potest vitae malevolorum pepercerint.

Ut vero istoc supplicium locum habeat necesse est, ut de *abductione* personae constet, quae format ac perficit crimen si libidinosa fuerit, adeoque delicto suos ponit limites, secundum quos, utrum in mero *conatu*, an in *consumatione* constiterit, judicandum. Abducere autem dicitur, qui quid loco movet, et in alium defert; unde rapere personam honestam idem est, ac invitam cogere, ut loco cedat, et se aliorsum transferri patiatur, sive extra civitatem, sive in eadem, extra domum. Nam et is rapit, qui personam ex suo habitaculo abductam in aliud libidinis causa comitatur.Quod satis comprobat vox Germanica, *entführen*, quae ad locum remotum referenda aeque ac *entweichen*, *entwenden*, loci mutationem notabilem infert. Aliud ergo est trahere in locum ejusdem aedificii propinquum, quod stupratoribns violentis proprium, ad raptus notionem non pertinet *l.* 4. *ff. l.* 36. *ad l. Jul. de vi publ.* Unde etsi raptio quaedam stupro violento propria, non tamen inde conficitur illud cum rapta pari passu ambulare, et unum idemque crimen constituere, ut quidem perperam existimavit MATHAEI *Lib.* 48. *T.* IV. *C.* II. *N.* VII. Utroque casu quidem virginitas eripitur, si virgo violatur, non tamen quaelibet virginis violatio raptum constituit, nec raptus *semper* cum *stupro* actuali conjunctus est. Quid multis? JCtus MARCIANUS utrumque delictum in eodem libro, unde desumta *l.* 3. §. 4. *ad l. Jul. de vi publ. et l.* 5. *§. f. eod.* seorsim tractat, et tamquam diversam speciem exponit, aeque ac CAROLUS V. *art.* CXVIII. et CXIX. id non facturi, si utraque species unum idemque factum, solo nomi-

ne diversum, contineret. Potest ergo utrobique virginitas eripi, sed in stupro violento pudicitiae ereptio ad *essentiam* pertinet, non aeque in *raptu*, qui sola abductione huc directa, etiamsi pudicitia integra manserit, plene committitur. Struv. *obs. crim. diss. crim.* IX. *Th.* XXII.

Praeterea personam abductam *honestam* esse oportet, cujus qualitatis implicite meminit Justinianus, explicite vero Carolus V. verbo *unverlaumdet*, nec aliter fieri poterat, sive vim publicam, quae hic subesse debet, sive poenam quam leges minantur, respexeris. Honestas enim virtutem animi notat, qua quis bonus civis esse cupit, et sine scandalo vitam agit, quod vivendi propositum, uti utilitati publicae oppido consulit, ita non potest non eamdem turbare, si *honestas* locum perdit, et spolio cujuscumque nefarii hominis exponitur. Atque haec quidem sufficit, et sola spectatur, ubi de conservanda per poenam *capitalem* honestate tum singulorum, tum communi agitur. Caeterae conditiones adventitiae personarum nihil adeo commune cum salute *publica* habent, adeoque crimini raptus nil detrahunt, quod cum qualibet subsistit, etsi non negaverim, per alterutram securitatis publicae violationem paululum *augeri*, et *gradu* crescere. Unde certum quidem est, raptum in personam *solutam*, et quae *inferioris* sortis est, committi, negari tamen nequit, tanto *magis* peccari in *conjugatam*, *desponsatam*, *nobilique genere natam*, quanto magis vinculum speciale, et natalium splendor sanctitatem *singularem* desiderant, quae, tametsi generi poenae hic definitae nil addit, suum effectum tamen eo ipso exerit quo *difficiliorem* efficit mitigationem, et *strictiorem* sanctionis poenalis observantiam suadet. Quo sensu intelligo Justiniani verba: *quae multo magis contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici tenentur crimine, tum adulterii, tum rapinae, et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adjectione puniri.* Eoque refero doctrinam Ziegleri *ad Lancilot. Lib.* IV. *Tit.* 8. §. 4 ex *modo* illatae violentiae aliisque circumstantiis poenae augmentum admittentis. Nam nec rotam, nec aliud acerbius supplicium dictare, sed simplici poenae *capitali* inhaerere, moris est, et omnis severitas *stricta* hujus applicatione absolvitur. De propria *sponsa* quaerunt, an in eam raptus committatur? Constantinum id negasse constat ex *l.* I. *C. Theod. de rapt. virg.* Sed *Justinianum* novi juris ea in re architectum faciunt ob clara legis cit. verba: *Sponsam suam*, quae mordicus defendit, et variis praetextibus aptare raptui contendit Mathaei *Tit.* IV. *C.* II. N. XII. cum Lynckero *Rs.* CXLIV. *N.* VIII. *seq.* Fateor tamen iis parum roboris inesse, quum nil quicquam in securitatem publicam peccet, cui jus *perfectum* in sponsam competit, et nil nisi *excessus* juris sui objici potest, si eam abduxerit. Unde prope est, ut textum corruptum, et de sponsa *aliena* capiendum esse, asseram, secundum ea, quae B. Parens *Jur. Eccles. Tit. de raptor.* §. XXXIX. proposuit. Sit ut sit, pontifices in alia omnia iverunt, ut ex. *c.* 49. *C.* XXVII. *qu.* 2. *c.* 2. *C.* XXXVI, *qu.* 1. *c.* 5. *C.* XXXVI. *qu.* 2. imprimis vero ex effato Lucii III. *C. C.* X. *de raptor.* apparet, ubi diserte

is reatus a vi *sponsae* illata removetur. Neque aliter accipiendus CAROLUS V, qui tametsi ad jus civile provocat, sponsae tamen nullam mentionem injicit, nec ullo indicio, istius modi irregulari specie se correptum fuisse, indicat. Ceterum sponsalia valida supponi debere, per se patet, adeo, ut nequidem *clandestina* effugium raptori praebeant si quidem sponso in talem sponsam nullum prorsus jus, quod nefario facto praetexere posset, competat, et sic idem rigor poenae contra hunc locum habeat, quem leges contra *extraneos* aequum judicarunt. Ita vero evidens, raptum in *meretrices* prorsus non committi, quo nomine omnes comprehensas volo, quae sive turpitudinem habent *venalem*, sive pudori non parcant, et vel *quaestus* vel *libidinis* causa cum aliis coeunt. DECIANUS *lib.* VIII. *c.* VII. *N.* X. Neque enim rapta habet, quod de *existimatione* laesa quaeratur, quae omnem honestatem ipsa ejuravit; nec *publicum* interesse intercedit, quod nihil hoc casu periclitatur; nec *aliae* personae honestae habent, quod metuant aut se cum maculatis conferant; nec raptori deest *probabilis* allegatio, quod vim pro indifferente, vel minutiori lapsu habuerit. Quo fit, ut *extraordinaria* ad expiationem sufficiat. In eundem censum tamen non referrem, quam raptor antea cognovit, et in sui *peculiarem* amorem pellexit. Aliud enim est coitum scelestum velut *artem* exercere, et aliud ad illum coeco *juvenis* cujusdem amore trahi. Posterius excusatius et facilius cum honestatis opinione consistere potest, non item prius. Unde isthaec allegatio vix excusabit raptorem, nisi, concubitus *saepius* iteratus, in *scandalosam* vivendi rationem degeneret, quamvis communiter in foro, probato concubitu spontaneo, *mitiorem* sententiam sectentur. *Cons. Tubing. T.* IV. *Cons.* CLXXIX. *N.* VIII. *Cons.* CCIV. *N.* XXI. Neque aliud definirem, si persona in *primo* aetatis flore dissolutior, postea intemeratam vitam egit, quae *honestatis* professionem cum aliis *communem* utique habet. Hanc enim ad tempus praeteritum exigere velle, perinde foret, ac lapsus *juventutis* viro objicere, quo admisso, vix quisquam supererit, in quem culpa non sit casura.

Pergo ad principale caput, quod in abductionis *qualitate* quaerendum. Violentiam huc pertinere, dubio caret, ac sustinetur verbis articuli *mit Gewalt.* Vis vero hic omne comprehendit, quod *libero* ac *spontaneo* consensui contrarium est. Unde nullum dubium, quin, quae puella sub *propositione mali* praesentis in eam sortem conjecta, ut ad libidinosos secessus se conferat, vere rapiatur, quam vim *compulsivam* dicunt. KIRCHGESN. *p.* 505. Si enim haec non admitteretur, causa vix superesset raptum *masculi* defendere, quem tamen plerique tanquam idem crimen, mutatis tantum *personis*, commissum, agnoscunt. Absint itaque subtiliores philosophorum divisiones, quae usum pragmaticum habent nullum, quibus accenseo: *coactam voluntatem etiam esse voluntatem, eligere raptam secessum ex duobus malis adeoque ejus actionem esse voluntariam etc.* Enimvero quum de voluntate imputabili in foro externo loquimur, *liberam*, nullisque *limitibus* coangustatam requi-

rimus deficiente autem *plena* libertate, voluntatem perinde consideramus, ac si illa prorsus deesset. Fateor *philosophice* invitum, et coactum discrepare, *juridice* vero utrumque prorsus coincidit, et ad eadem principia exigitur, quum *externae* imputationis non magis ibi, quam hic adsit fundamentum. Hoc amplius *sollicitatio, persuasio* idem praestat, quod vis, uti verba *cit. l. un. nolentibus sive volentibus*, docent, quia plerumque mendacio plena, et concussioni subtiliori simillima est, unde non potest non impedimentum libertatis oriri, quod solum legislatores in tanta sexus *imbecillitate* movit, ut etiam in *volentem* suo modo raptum admiserint, Kress. ad *art.* CXVIII. *C. C. C.* §. II. Haec circumventio sola mihi citatae legis videtur fuisse ratio, non vero 1) quod nemo membrorum suorum arbitrium habeat, nec se et corpus raptori committere queat, ut Boss. *de rapt. mulier. N.* XVI. existimavit, quia alias omne matrimonium foret illicitum; multo minus 2) quod Imperator de persona *alieni juris* accipiendus sit, *Consil. Tubing. T.* IV. *Cons.* CCIV. *N.* XXVII. de quo sensu, an lege conveniant, adhuc sub judice lis est. Aliud omnino dicendum si voluntas raptae fuit *libera*, omnis astutiae et suggestionis expers, sive illa raptorem, sive hic illam sollicitaverit. Neque enim video, quid abductioni in se consideratae, de qua sola hic quaeritur, vitium insit, quidve referat, utrum puella domi alteri cohabitet, an eum in finem aliorsum secedat. Concubitum *improbum* esse non nego, pro *raptu* autem factum habere nequeo, si vel maxime *blandus* sermo accesserit. Nam si omnis sollicitatio ad vim referenda esset, vereor, ut cum Bossio *de rapt. mulier N.* XV. concludendum foret *totum mundum raptus capitalis reum esse.* Et tamen vulgo raptum simpliciter in *volentem* committi, perhibent JCti Lyncker *Rs.* CXLIII. *N.* V. Mathaei *de crim. Lib.* LVIII. *Tit.* IV. *C.* II. *N.* XVIII. Atque haec quidem ad personam quae *sui juris* est pertinent. Longe alia est ratio puellae, quae *alterius potestati* subjecta, in quam, etiamsi consentiat, dummodo *parentes* dissenserint, omnino raptus capitalis committitur et *raptus in parentes* rectius dicitur, Leys. *Sp.* CCXLIV. *N.* II. Id quod cum ratio *civilis* suadet, secundum quam velle non creditur, qui ab alio dependet, de Luca *de matrim. disc.* V. *N.* XVI. tum plane sanctio Caroli V. *unangeschen Sie ihren Willen darzu giebet.* Unde uti nomen poenamque raptoris non effugit, qui consensu parentum stipatus, puellam invitam abducit, vel suspirantem ac flentem ad abitum sollicitat: ita eumdem reatum incurrit, in relatione ad *parentes*, si his reluctantibus, cum puella secedit, nulla facta differentia, utrum ab ea seductus fuerit, an ipse eam sollicitaverit. Hanc sanctitatem patriae potestatis omnes leges agnoverunt, nec quicquam, nedum factum *hostile* probarunt, quo juribus parentum officitur. Quumque jus romanum, et quod ad id provocat Carolinum, in eo conspirent, dubio procul raptori capitale supplicium praeparandum, licet aliud ex conceptu de *favore matrimonii*, si raptus hoc fine susceptus, sanxerit Pontifex in *c.* CX *de raptor.* cujus tradita nunquam agnoverunt Germani, B. Pa-

rens *Jus. Eccles. cit. Tit.* CXIV. Interim ex praejudicio juris canonici in solam *arbitrariam* poenam inclinat Bluml. *ad L. a. N.* II. et jus *palatinum* docente Kirchgesnero *p.* 504. Dum de parentibus loquor, *utrosque*, et sic etiam *matrem* intelligo, quatenus in ea causa est, ut cum effectu ad nuptias liberorum concurrere possit, quod fit, si patre mortuo liberos in convictu habet, et sic eorum actiones adhuc vere dirigit, nisi liberi fuerint *illegitimi*, quibuscum tanquam personis *sui juris* nullius potestatis, sed solus sanguinis nexus intercedit, adeoque nihil superest, quod liberis volentibus, jus contradicendi *parentibus* indulgere queat. Ludov. *ad art.* CXVIII. *C. C. C.* magis dubium quid de *tutoribus* statuendum? Si de jure *communi* quaeritur, non video quomodo raptus huc referri, aut de poena capitali cogitari possit, quandoquidem pupillae sunt sui juris, nec directio tutorum se eo usque extendit, ut amoris et affectionis honesti incitamenta ab ipsorum arbitrio dependeant. Neque tamen ideo dicam *statutis* scribere, sed ex *publicae utilitatis* ratione ea probare gestio, per quae aequalia prorsus cum parentibus ea in re jura tutoribus concessa, et capitale supplicium praescriptum si invitis illis puella sive matrimonii, sive libidinis causa abducta. Ita edixit *Senatus Hamburgi* peculiari lege 1676. et *Ordinat. Austriaca crim. art.* LXXVIII. apud Guarient. *Cod. austr. p.* 712. *Jus Lubecense Lib.* I. *Tit.* VII. *art.* VI. *Lib.* IV. *Tit.* VII. *N.* II.

Tandem *finis* intentus formam dat raptui. Ait Carolus V. *einer unehrlichen Weist*, quod idem est, ac *libidinis* causa rapere. Per libidinem intelligo omnem *illicitam* copulam carnalem non tantum per *stuprum* verum etiam per inordinatum ac illicitum quemqumque coitum contractam. Alterutram qui intendit, non tantum puellam corrumpere, et *infamem injuriam* eidem inferre cogitat, verum quantum in se est, facto *hostili* et detestabili propositum exequitur. Unde nihil justius, quam ut severitatem experiatur, qui sibi tam nefandum de alterius existimatione arbitrium arrogat. Quid ergo, si *matrimonii* consumandi exceptionem raptor praetexit? Audiendum eumdem esse judicat Carpzov. *Lib.* VI. *Tit.* IV. *Resp.* LXXVII. tum quod *dolo* careat, tum quod *corruptionis*, in qua *l. un.* et *cit. art.* rationem decidendi collocant, reus haud sit, quo posito non potest non pro qualitate indiciorum tortura, vel aliud medium eruendi veram *intentionem* praemitti, antequam de poena quicquam statuatur. Tantum vero abest, ut Carpzovio hic subscribam, ut potius matrimonium hostiliter contrahendum ad *vetitam*, et legibus proscriptam libidinem referendum esse, et sine fidiculis poenae capitali *abscisse* subjiciendum esse raptorem existimem. Etenim non minimus gradus honestatis publicae est, matrimoniis contrahendis liberrimum arbitrium, cui non masculus sufficit, sed et femina consentire debet, conservare nec puellas invitas praedae iniquissimi hominis, sub obtentu conjugalis vinculi, committere. Eadem prorsus, quae *stupro* objicitur, in *matrimonio* conspicitur, ratio, quae non admittit, ut diversa utrobique dispositio locum habeat, quum *favor in-*

nocentis in crimine raptus omne punctum ferat, eumque reluctatio, vel suspirium raptae etiam hoc casu cumulatissime obfirmet. Sane si hic praetextus admitteretur, actum esset de securitate ac libertate personarum honestarum, eveniretque ut hae invitae et *existimationem* et *corpus* cuilibet nequissimo homini committere cogerentur, quod quam periculosum, ne dicam absurdum fuerit, nemo non videt. Praestat potius *status* integritatem, quam integritati *vitae* non multo inferiorem judicarunt leges, omnibus modis tueri, et hostilibus effugiis fores praecludere, quod aliter, quam observata hoc casu legum severitate, fieri nequit. Neque ea in re *rationes* Carpzovii moror. Nam *honestatem* matrimonii non aliter agnosco, quam si utriusque *libero* consensu hoc contractum, adeoque dolum commisci non haesito, ubi illud *invitae*, et contra leges obtruditur, quum dolo carere nequeat, qui hoc agit, ut contra leges juri alterius quid detrahat. Et uti finis honestus media per se turpia legitimare nequit, ita in praesenti conjugalis affectio unilateralis raptum virginum nec temperat, nec excusat. Quem autem vulgo crepant matrimonii *favorem*, contra legis prohibitionem, et in perniciem reipublicae, nec agnoscere, nec matrimonium tamquam *improbitatis* instrumentum admittere queo. Non interpretatio legum, sed manifesta earum elusio est, quoties JCti innoxiae intentionis dolique cessantis argumentum in *matrimonii praetextu* invenisse sibi imaginantur. Quod vero ex *corruptionis* defectu momentum trahit Carpzovius, meram petitionem principii continet, quum *hostile matrimonium* parum absit a *corruptione* et per hanc non sola, quae stupro propria, infamia, sed quaelibet defraudatio, qua contra leges *pudicitiae* insidiae injuriosae struuntur, intelligatur. Hanc attentat stuprator, aeque ac praetensus maritus, quoties, ut invita eamdem publicet, quid molitur, congruit ergo, ut utrumque *corruptionis* reum dicamus.

Major ratio dubitandi sese exserit, si raptu consumato, *ex post facto* in matrimonium *consentit* persona rapta. Equidem, jus *civile* ea in re planum esse *cit. l. un.* docet, in qua abscisse tale matrimonium *proscribitur*. Contra in alia omnia ivit jus *canonicum*, ratumque voluit connubium, sine sollicitatione *sponte* initum *c. f.* X. *de rapt. virgin.* Sed reduxisse videtur jus romanum Carolus V. dum judices in definienda poena ad *illud* remittit, quod aliter servari nequit, nisi imposito abscisse reo *capitali* supplicio, unde proscriptio matrimonii per se fluit. Quamobrem, si, ut decet, secundum legem criminalem judicandum, raptori, consensum raptae in matrimonium emendicasse, et ad jus canonicum provocasse, parum proderit, quandoquidem Imperator hujus juris sanctionem ignorare non potuit et tamen nihilominus ad jus *romanum* pure provocavit, adeoque implicite a juris canonici dispositione, illi prorsus contraria, recessit. Nec dimoveor *favore* matrimonii, aut praerogativa juris *canonici* in matrimonialibus, ille enim sine lege mere imaginarius est, hujus autem in *dubio* quidem, sed non, ubi leges *recentiores* contrarium disponunt, ratio habenda. Si verum legem po-

steriorem priori anteponendam, quem effectum retinebit legum ecclesiasticarum auctoritas, per verba Carolinae prorsus antiquata? Hoc solum pro papalibus constitutionibus adduci posset, quod per *matrimonium* puellae satisfieri, eo autem non obstante publicae saluti succurri possit per feralem sententiam capitalis poenae, in quam sententiam iverunt Papon. *Lib.* XXII. *de arrest. Tit.* VI. Christin. *Vol.* I. *Dec.* CCCXXXIV. Carl de Mean. *Obs.* DCLXXXI. *N.* III. Verum ne sic quidem res confecta erit, quum a) hic mera voluntatis quaestio, quid intentioni legislatoris probabili conveniat, adsit, quae talis vix esse videtur, ut post *momentaneum* matrimonium novus maritus tam tristem nuncium expectare teneatur, praeterea b) jus canonicum, de cujus applicatione lis est, talem *scitis* suis repugnantem interpretationem haud admittat, sed omne omnino capitale supplicium cohorreat. Nihil itaque superest, quam ut, revocato jure romano, exulare secundum Carolinam debeat *matrimonium*, nec poena *capitalis* per hujus admissionem *temperari* queat, ut recte docuerunt Lyncker *cit. loc.* Brouerus *de jur. connub. Lib.* II. *C.* XXIII. *N.* XXVIII. B. Parens. *Jur. Eccles.* §. CL. Praxis vero communiter reclamat, et ex coeca juris *canonici* adoratione benigniorem sententiam, secundum quam subsequens matrimonium *capitale* supplicium cum *relegatione* commutat, probat, teste Carpzovio *Qu.* LXXV. *N.* LXVIII. Stryck. *de diss. spons. p.* 242. Theodor. *C.* VI. *aph.* VIII. *N.* V. Besold *P.* II. *Cons.* XL. Quid? quod judices saepe nimii sunt in sollicitanda rapta ad ambiendum matrimonium, et *meritorium* opus subeundum. Quod tamen magis ad *corruptelam* referrem, licet e contrario communi sententiae, ubi rapta *ultro* matrimonium inire satagit, non adeo repugnarem, quando quidem sanctiones poenales de raptu favorem personarum *innocentium* potissimum concernunt, is autem, ubi factum infectum fieri nequit, melius reparari et *macula* aliter elui nequit, quam si nuptias ambientibus morem gerit raptoremque capitali supplicio eximit, is, penes quem est facti cognitio. His principiis vero in foris nostris effectum ut 1) *rarissima* sit, ne dicam plene exoleverit hodie *raptoris* poena *capitalis*, nullaque efficacior pro ea excludenda sit medicina, quam *sollicitatio nuptiarum* cum raptore, dummodo talis fuerit, quo cum ullo modo sine pudore in conjugio vivere potest rapta 2) ut electo matrimonio *bonorum confiscatio* exulare debeat, quae interdicti connubii merum *solatium* olim fuit, quamvis eam *in genere* cessare *arg. art.* CCXVIII. *C. C. C.* cum JCtis Tubingensibus *Vol.* IV. *C.* CCIV. *N.* XXXVII. defendi possit, quod etiam in comitatu *Tyrolensi* et *Austria* obtinere ex solo legum provincialium silentio concludit Froelich *ad C. C. C. P.* II. *Lib.* III. *Tit.* IV. *N.* II. 3) ut circa raptum propriae *sponsae* multo magis connivere teneamur, quo certius, matrimonium hoc non tam *hostile*, quam cum jure quodam *perfecto* conjunctum esse, adeoque raptum ad solum *excessum* redire. Brunnem. *ad l.* 12. *de vi publ.* Clasen *ad cit. art. C. C. C.* Theodor. *c.* VI. *aph.* VIII. *N.* V. ut contra. 4) circa ra-

ptum *invitis parentibus* commissum jus canonicum nil immutaverit, nec effecerit, ut filia suo consensu raptorem a capitali supplicio liberare posset. Nam verba *ohngeachtet sie ihren Willen dazu giebet*, tam clara ac positiva sunt, ut omnem elusionem excludant, nullum alioquin effectum habitura, si etiam in hac specie matrimonium, quod *nullum* ac *invalidum*, effectum civilem pro tollendo supplicio *capitali* haberet, ceu solide docuit B. Parens *c. l.* §. CL. cum Stryckio *de diss. sponsal. S. V.* §. XLIII. Addo, libidinosam abductionem de qua hucusque actum, eamdem poenae severitatem in *foemina* requirere, quae propositis minis masculum ad secessum coegit. Nam *idem* est crimen mutatis saltim personis, ut recte fateretur Kress. *ad c. art.* §. IX. quanquam ex *silentio* legum, et principio vulgari, quod in dubio in mitiorem partem pronuntiandum sit, in alia omnia iverint Bluml. *N.* VII. Froelich. *c. l. N.* IV.

Circa *temperamentum* poenae capitalis notandum, justo plures vulgo admitti causas, usque adeo, ut in foro magis faveant *auctoritatibus* quam *rationibus*. Ei, qui personam quamdam verisimiliter ex vita ante acta pro *vulgari* habuit, ut succurratur, aequum est Theodor. *C.* VI. *aph.* VIII. *N.* IV. quia magis *culpa*, factoque *inconsulto*, quam *dolo* peccat. Idem dicendum, si raptor raptam sponte consentientem antea jam cognovit; aliud si *dolose* ad coitum pellexit, et in hunc finem corrupit, ut postea raptus colorem haberet. Kress. *ad h. art.* §. VII. *N.* IV. de quo si verisimiles conjecturae adsunt, non nunquam pro animi improbitate eruenda *fidiculis* opus. Par ratio est subsequuti *matrimonii*, vel sponsalium cum rapta ante contractorum, ut in antecedentibus ostendi. Contra, ut *instigationis* ratio habeatur, quoties puella sub patria potestate fuit, quemadmodum Beyer putat *ad cit. art. posit.* VII. principiis juris criminalis repugnat, quae seductionem in criminibus capitalibus ultro electis merito reprobant. Neque aliud de cessante actuali *defloratione* dixerim, sive haec *sponte* neglecta sive facto *tertii* impedita, quandoquidem sola *intentio libidinis*, facto-abductionis declarata, plene perficit reatum, et quae de *pudicitia corrupta* ex *l. un.* eum in finem afferuntur, tum *exaggerandi* sceleris causa ab imperatore prolata, tum ab eo, quod *ut plurimum* fit, desumta. Antonius Mathaei *cit. loc. N.* VI. Gortiada *T.* II. *p.* 163. Et tamen in foro plus favent *poenitentia* eamque arbitrariae poenae subjiciunt Ludov. *h.* Decian. *cit. l. N.* XXXIII. Bachov. III. *ad Treutlerum disput.* XXXII. §. V. Bluml *ad art. cit. N.* III. Granz. *P.* II. *pag.* 207. *N.* DXLIX. cui convenit jus *Tyrolense* Froelich. *c. l. N.* III. nec non jus *Palatinum* quod refert Kirchgesner. *p.* 504. adeo, ut hoc nequidem capitis poenam probet, si puella invita abducta, postea non repugnans masculum admiserit, sed illam ad *violentum* concubitum unice restringat, teste Eodem *cit. l.*

Circa *auxiliatores* adhuc observo poenam capitalem in *l. un.* fundatam, quamtumvis in Carolina non repetitam, provocatione ejus *auf die Kaiserliche Rechte* sustineri posse, modo 1) in *ipsa executione* suppetias tulerint, quod

ipsum supponit JUSTINIANUS et ratio concursus *proximi* exigit 2) *sciverint* abductionem *libidinis* causa fieri. Nam qui fraudis ipsorum delinquentium ignari, ad alium usum operam communicant, pro auxiliatoribus quoad *raptum* commissum, habendi non sunt, etsi *alia* ratione peccent, quoniam in delictis non tam factum ipsum, quam *causa* faciendi inspicienda *l.* 39. *l.* 43. *de furt.* Jus *palatinum* tamen *extraordinariam* solum auxiliatoribus minatur teste KIRCHG. *cit. loc.* 2) matrimonium ex post facto inter raptorem et raptam initum etiam his prodesse, nec ullam solidam rationem dari posse, cur illi *severiori* malo subjiciendi, quam delinquentes principales, quicquid interpretes quidam a FARINACIO *de delictis* carnis *Qu.* CXLIV. *N.* CI. allegati in contrarium dixerint. B.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XL. N. 35.

Asyla in Ecclesia, Burgo, Palatio, Principis.

Asylorum variorum praxis in Germania potissimum debetur juri *manuario*, quod unice limitabatur per collatam certis locis securitatem, ita ut, qui ibidem commorabatur, impune offendi haud posset. *Domum* privatam ex diutina observantia Imperii hac praerogativa gavisam fuisse, supra observatum. Si quem alium locum eadem praerogativa donare volebant, facto quodam opus erat, communiter *privilegio* superiorum, per quod a vulgaribus locis segregabatur et *singularis* sanctitas eidem imponebatur. In *ecclesiis, coemeteriis*, ac *monasteriis* id praestabant sanctiones ecclesiasticae *universales*, nonnunquam praeterea *speciales* ab imperatoribus concessae, ut ex diplomate CAROLI IV. patet, quod recitat HUND *Metrop. Salisb. edit. Gevvold. F.* 48. Idem postea fieri suevit in *Burgis, Curiis*, ac *Palatiis* principum, nec non aliis locis ad *specialem* publicam utilitatem destinatis, quorum plura adhuc recensentur in jure *Lubecensi P.* IV. *Tit.*XV.*Art.* II. Ipsa declaratio fiebat *Tabulis* specialibus, aut *fundationibus* plerumque *symbolo* sensuali, erectione *crucis, picturis, inscriptionibus*, ut cuilibet mox innotesceret, quousque sibi ab injuriis ibidem cavere deberet. Atque hoc dicebatur *Friede vvürcken.* Speciatim securitas *Palatiis* hoc modo parta *Burgfriede* vocabatur, quamvis per analogiam postea vel ipse *districtus* pace firmatus, vel *pactum* a *Ganerbiis* defensionis ac securitatis causa initum, hac appellatione veniret. KULLING. *de Ganerb. Disc.* III. *N.* XLVIII. *seq.* Hodie pace publica restituta ejusmodi privilegiis non indigent Palatia Principum, quum non eo minus *sanctitate* singulari gaudeant, quae non aliunde arcessenda, quam *a sanctitate* et reverentia ipsorum *principum*, cui parum prospectum foret, si loca, in quibus delitescunt, promiscuis injuriis et laesionibus obnoxia essent. Unde his per se et sua natura etiamsi pro signo sanctitatis nil adscriptum sit, *pacem burgensem* cohaerere, si principem ibi residere constat, recte statuit MYLER *de stat. imp. C.* LII.

quod ipsum non potest efficere, ut omnes injuriae, admenationesque in his palatiis, etiam inter *privatos* tentatae, *severiori* vindictae sint subjiciendae, vid. FRITSCH *de Palat. Princip. C.* XII. STRYCK *de residentiar. sanctit.* licet non semper poenis fractae P. P. coërceantur CARPZ. *P.* IV. CXIII. *def.* IX. *N.* I.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XL. N. 40.

Obsessionis viarum gradus, species. Poenae capitalis rigor et temperamentum.

Etsi utrumque delictum *die Wegelagerung und das Vorwarthen* in eo conveniant, quod praeviis *minis*, et subsecuta *secessione* ad loca noxia suscipiatur, in eo tamen differentia superest, quod prior species *graviorem* laesionem, et quae *capitale* supplicium per se meretur, conjunctam habeat, posterior ad *leviorem* injuriam tendat: illa si *coadunatis* hominibus fit, infractam pacem publicam degeneret, haec in terminis injuriae *qualificatae* subsistat: illa semper *dolum* ac improbum consilium supponat; haec, etsi aliquando dolose tentetur, saepe per *vexam* vel *lasciviam* quae *culpae* species est, suscipiatur: illa *capite* coërceatur, hujus vindicta arbitrariam poenam non egrediatur. Et circa capitalem quidem poenam clare disponit *Art.* CXXVIII. nil interesse, utrum laesio intenta secuta fuerit, nec ne? Circa *genus* tamen omnino interest Quod si enim de actuali depraedatione vel homicidio constat, poena sine dubio *rotae* obtinet, observante LEYS. *Sp.* DCV. *Med.* IX. quia praeter factum capitale, violatio publicarum *viarum* concurrit, ex quo concursu genus poenae merito augeri oportet. *Non consumata* vero improba intentio solo *gladio* expianda. Imo ne quidem rigorem poenae capitalis in eo, qui *stupri* causa alteram expectavit admittere audet KRESS. *ad Art.* CXXIX. *C.C.C. in f.* si non constat ad aliqualem violentiam actum pervenisse. Quae sententia tamen non omni dubio caret, cum neque quoad securitatem publicam, neque quoad poenam, stuprum *violentum* a caede, vel rapina differat, adeoque quod hic aequum, ibi iniquum videri nequeat. Rectius ergo ex sententia BERLICHII *P.* IV. *Conclus.* XX. *N.* XIV. sola *insidiosa* expectatio capite expianda, idemque etiam ad illum extendendum, qui puellae honestae *rapiendae* gratia viam intercludit. In genere obsessio viarum, ut capite coërceatur, *insidias* et praedeliberatum consilium, nullo juris colore excusandum, requirit. Hinc ubi *turpis lucri* commodive intentio abest, *mitius* judicandum, licet violenta interceptio accesserit, quandoquidem haec saepius colore praetensi ac defensi potioris juris in rem excusatur, quorsum pertinet species quam ex MODESTINO PISTORE *Qu.* CIV. refert SIMON *de obsessione viarum. C.* IV. *pag.* 44. Neque aliter in casu *homicidii* per obsessionem intenti pronunciarem, si exulcerati animi, aut defensionis non leviora reo succurrunt momenta. Difficilius id ad *stuprum violentum* applicatur, quod sine *insidiis* prorsus suscipi nequit,

et eatenus reum in duriorem conditionem, e qua effugium haud patet, conjicit. E contra ubi ad meras *verbales* injurias expectatio tendit, extraordinaria poena obtinet, major si reapse vis illata, imprimis si male tractatus; ab homine *inaequalis* conditionis infestatus; levior, si expectatione clancularia sola scelus absolutum quarum prior *corporis afflictiva*, posterior *relegatio*, *carcer* aut poena *pecuniaria* erit. Multo minus carceris circuli excedendi, si per *lasciviam* quid, quo sine incommodo alter vix carere potest, ablatum, ubi reus ob *vexam* aliquam correctionem merito subire tenetur. Theod. *Coll. crim. C.* VI. *aph.* X. *N.* VI.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XL. N. 50.

Ammissa manu dextra alia poena coërcendus obsessor.

Ego nullus dubito, quin commutatio poenae indistinctae locum habeat, sive *dolo*, sive *culpa*, sive *casu* maleficii reus manum jam amiserit. Neque enim reus commodum ex dolo, vel culpa capit, sed facinus alio malo pensare tenetur, neque publico, si *altera* manu in poenam privatur magis, quam alia quacunque expiatione satisfit, imo potius rei gerendae suisque necessitatibus ineptus redditur reus, et sic cum gravissimo onere reipublicae in posterum circumire cogitur, vid *Cl. Crell. de jur. man. in poen.* §. XXIX.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 15.

Singularia in majestatis judicio. Num ab inhabilitate accusatorum ad testes inhabiles valeat collectio? Advocati reis non negandi. Cognitio de hoc crimine cujus sit?

Quae *singularia* Auctor hic proponit non omni dubio carent. Enim vero jus delictorum commune pertinet ad *regulam*, pro qua in *dubio*, et tam diu pronunciandum, quam diu nec ipsa lex contrarium sanxit. Cur ab hoc principio in crimine *majestatis* recedendum sit, non video, imo quo majus hic ob atrocitatem poenae concurrit rei praejudicium, eo magis praecavendum, ne innocenti injuria inferatur, quod facillime fieri posset, si tradita DD. vulgaria ex vitiosis potius, quam solidis juris principiis petita, locum haberent. Unde non alia hic admitto, quam, quae *leges* ipsae suggerunt. Hoc amplius *salus publica*, de qua hic unice agitur, idem praestat, eumque effectum merito producit, ut quicquid sine ea vix omitti potest, in cognoscendo ac puniendo hoc crimine merito observetur, tametsi lex nominatim id non disponat. Secundum haec principia exigenda, et vel probanda vel reprobanda sunt, quae hic proponuntur. Sic *promiscuam* accusationem, poenam *liberis* ob delictum patris imponendam, sententiam feralem con-

tra *absentem*, vel *mortuum* ferendam, supplicium capitis ob *conatum*, vel *silentium* subeundum satis tuentur leges; *perpetuam* vero accusationem salutis publicae ratio sustinet, quae in limitandis legibus singularibus magnae efficaciae est, imo argumentum a prohibita in *l*. 5 *ad C. ad l. Jul. maj*. omni suppressione facinoris, ductum corroborat, utraque ratio vero omnia argumenta, quae in contrarium proponit Mathaei *de crim. p*. 340. evidenter vincit. Reliqua penes cordatos JCtos, vereor, ut applausum sint inventura. Hujus generis est, quod *socio* criminis, testibus *singularibus*, quin immo *inhabilibus* credatur. Si de *plena* probatione hoc accipitur, absurdum et rectae rationi contrarium id erit, viamque aperiet innocentissimum quemque crudelitati sacrificare a qua ut erectioris ingenii judex abstineat, civilis et naturalis ratio postulat. Sin de *admissione* vel examine *eventuali* inhabilium, cum *aestimatione* cordati judicis, quantam fidem effatis eorum pro eruenda veritate habere velit, res dubio caret. Pro hac restrictione vero defendenda collecto, quam Leys. *Sp*. DLXVIII. *Med*. XVIII. ab admissione inhabilium *accusatorum* trahit, vix procedit, sed quia accusatorum longe *minor*, quam testium est nocendi facultas, fallax est. Rectius admissio testium sola utilitate publica sustinetur, quae nihil, quod lucem foenari indagationi veritatis potest, nec alteri injuriosum est, praetermittendum jubet. Audiantur itaque, quorum probabilis notitia est. Exquirantur omnes. Nam et scelestissimum homo saepe index esse, et vestigium subministrare potest judici, pro indaganda alterius veritate, modo ejus fides eousque non extendatur, ut reus *torturam* vel *poenam* subeat. Theod. *Coll. crim. C*. V. *aph*. VII. *N*. VIII. Ita vero idem Leyserus immerito dicam Antonio Mathaei scribit, quippe qui non aliter quam contra *plenam* fidem inhabilium testium disputaverat, et hac sola ratione elumbe, quod ab *accusatione* vulgo trahitur argumentum, optimo jure rejecerat, immo in universum *abusum*, non legitimum ac rationabilem usum examinis testium impugnaverat. Ejusdem generis est, quod de prohibita *provocatione*, et de *figura judicii* hic negligenda circumfertur, quas leges ipsae ad metum *seditionis praeruptae*, ubi exemplo praesentissimo opus, restringunt Gundling. *ad l. maj. Cap*. II. §. VI. Theod. *C*. V. *aph*. VII. *N*. II. nullibi autem formale judicium reprobant, si justae causae adfuerint, et in pacata civitate ex capite perduellionis quaestio contra reum provocantem hactenus mota. Hunc enim penitus audire nolle, idem est, ac innoxium ad supplicium rapere, quod crudele, ne dicam injustum foret. Atque eumdem in modum de admissione *advocati*, vel *defensoris* judicandum, quam nonnulli ob *l*. 5. *C. ad l. Jul. maj*. penitus proscribunt Heineccius *in El. inst. Tit. de publ. judic*. moti notatione eorum, qui pro reis *intervenire* gestiunt quum tamen ista intercessio, quae secundum *cit. l*. pro vere nocentibus ad eludendam poenam temere fit. Laut. *Coll. pract. ad l. Jul. majest*. 121. scelerisque contagionem alere visa, docente Arnisaeo *de jure majestatis Lib*. VII. *Lib*. VI. *N*. X. ab ea, quae ex causis

innocentiae, maxime pendente inquisitione fit, quamque praxis fori romani per omnia tempora probavit, ut Antonius Mathaei *cit. l. C.* III. *N.* XIX. observat, multis modis differat. Qua ratione saniorem doctrinam ea in re amplexi sunt Bardilius *Ex.* XXXIV. *conclus.* III. Hertius *Resp.* CDXLIII. Caetera singularia omitto, dudum profligata ab Anton. Mathaei *c. l.* et Ant. Fabro *in C. Lib.* IX. *T.* VI. *def.* VI. *seq.* Unicum adhuc superest ab Auctore omissum, a pluribus vero assertum, nimirum, quod cognitio de hoc crimine sit *solius* principis, non judicis *ordinarii.* Equidem non repetam quae contra hanc fori praerogativam post Ant. Math. *cit. l. C.* X. *N.* II. monui in *El. jur. crim. S.* I. §. LXXVI. *in not.* sed hoc saltem notari velim, per cognitionem magistratui vindicatam, principem, quod dissentientes verentur, illi non magis, quam quamlibet eminentioris dignitatis personam, jus suum coram inferiori prosequentem, subjici, sed solum reum, qui contra majestatem quid molitus est ab ejus sententia pendere. Neque magistratus, dum cognoscit, aliam, quam *principis* personam repraesentat, multo minus in alius quam hujus gratiam cognoscit, quod, dummodo a *decisione* abstineat, ei fraudi esse nequit. Multo minus regulam Pufendorfii *de jurisd. Germ. P.* II. *S.* I. §. III. quod jurisdictionem suam quisque judex ipse tueatur, *concursum* judicis ordinarii, de quo hic unice quaeritur, excludere, aut efficere potest ut quod hic egit, *nullitatis* vitio laboret. Aliud enim est, an ipse princeps, si velit, de causa cognoscere possit, quod nemo negabit; aliud an aeque *magistratui* haec facultas competat, sine vitio procedendi, quod itidem affirmandum. Fateor tamen regulas *prudentiae* ea in re multa suadere ad quae regulae *juris* haud pertingunt. In *Austria* judicem ordinarium excludi, solique principi reservari cognitionem, observat Kirchgesner *pag.* 384.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 17.

Perduellio committitur a subditis perpetuis et temporaneis, non a sociis, vasallis.

De *perpetuis* subditis peculiari homagii nexu principi suo obstrictis hoc certum est, quocumque demum loco conspirare contra summum imperium tentaverint, in ipsa civitate, an extra eamdem, quum *locus* delicti nexum subjectionis tollere nequeat. Non eo minus tamen subditi *temporanei* ab hoc reatu liberati, quatenus in civitate, contra quam quid moliuntur delitescunt, vel optato domicilio *incolae* facti, quales etiam de jure canonico sunt *clerici*, sive *advenae*. Nam sola commoratio obligationem ad leges *loci*, ubi commorantur, fundat, majestatisque venerationem iis inculcat, Froelich. *P.* II. *Lib.* I. *Tit.* VIII. *N.* III. Unde parum cohaeret sententia Fabri *in C. Lib.* IX. *Tit.* V. *def.* XI. ratione *delicti* quem fieri subditum alterius territorii, non tamen incidere in *perduellionem.* Quae enim vulgo, contra hos tanquam solos

hostes procedendum esse, perhibent, ad lusum verborum redeunt, quandoquidem *perduellio* idem ac *hostis* BALDUIN. *L. I. ad laes. majest.* et ipsa perduellio non nisi *hostilibus* factis constat. *Proditores* vocat extraneos MATHAEI *c. l. C.* I. *N.* IX. nec tamen eos a perduellibus solide discernere potest, quum ipsa *perduellio* proditionem sapiat. Quare hic nulla differentia comminiscenda, aut ratio perduellionis in solemnitate *homagii* quaerenda, uti plerumque dissentientes faciunt ARNISAEUS *de jun. majest. C.* VI. *N.* XII. sed quae de extraneis adversus rempublicam machinantibus contra reatum perduellionis vulgo allegantur, ad *forenses* alibi commorantes restringenda. Par ratio *sociorum*, qui tametsi *factiose* conspirantes, turpiter agant, et a *romanis* ad perduelles relati BALDUIN. *c. l.* vere tamen in solum *perfidiae* crimen incidunt, aeque ac Vasalli, quorum est *Feloniam* committere, nisi per *Landsassiatum* arctiori vinculo domino feudi adstricti. BERGER. *El. crim. p.* 121. unde parum apte perduellio *statibus imperii* tribuitur, quos neque *singulos*, neque *universos* in subditorum sorte collocatos, sed imperatori ac imperio *inaequaliter foederatos* esse, cordatiores juris publici doctores fatentur. Fractae *pacis*, vel *perfidiae*, ac *Feloniae* reo, fieri eos posse, concedo, nunquam *perduellionis*, etsi quondam ex principiis *pseudo-politicis* aliud in Germania visum, ceu docte demonstravit GUNDL. *in opusculo ad laes. majest. C.* II.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 28.

Majestas quid? Restrictio eam non tollit.

Haec descriptio majestatem *scholasticam* sapit, non eam, quae ipsis rerum argumentis conspicitur. Rarior est *illa*, nec nisi in regnis despoticis obvia, frequentior *haec* ob pacta et leges, quibus in plerisque regnis superiores, salvo imperio *summo*, constringuntur. Quae restrictio, licet exercitium jurium majestaticorum *modificet*, summo imperio, cujusque sanctitati nil *detrahit*, nec majestatis crimen contra *principem* susceptum tollit, ut solo exemplo *imperatoris* in Germania edocemur, in quem, non obstante arctiori jurium publicorum circumscriptione, *praesens* crimen procul dubio committitur, vix autem committi posset, si ejus majestas ad requisita Auctoris nostri exigeretur. Satius ergo est, majestatem in *complexu regalium majorum*, vel omnium, vel plerorumque, prouti forma reipublicae permittit, collocare pro evincendo majestatis seu perduellionis crimine. Atque haec non soli *principi*, sed vel *optimatibus* vel universo *populo* propria, sive penes hos, vel illum est regimen civitatis, consequenter perduellio in quacumque civitatis forma committi potest.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 50.

Crimen majestatis in Regem Romanorum committitur, non in Augustam.

In eamdem sententiam descendit Ziegler *de jurib. majest. Lib.* I. *C.* II. §. XXXIII euntque omnes cum Titio *Jur. pub. Lib.* V. *Cap.* VIII. §. XXI. qui Regi Romanorum, vivo Imperatore electo, omnem omnino *majestatem* abjudicant, propterea, quod jurium majestaticorum exercitium vel *nullum* habeat, vel saltem, non *proprio jure* illud sibi asserere queat. Sed aliud dudum placuit viris doctis, quibus meum calculum addere non dubito, licet argumenta eorum omnia mea non faciam. Horum unum est, quod quoad *dignitatem* imperatori aequiparetur Arumaeus *ad A.B. disc.* II. *Th.* XXI. Pauermeister *de jurisdict. imp. Rom. Lib.* V. *aph.* V. *N.* IV. alterum, quod certissima *succedendi* spe gaudeat, nec deterioris conditionis *Electoribus* esse queat. Horn. *Jur. publ.* CXXI. *in f.* Illi obstat notabilis jurium *honorificorum* et *majestaticorum* differentia, indeque dependens parum provida ab illis ad haec facta collectio. Verum est, mirifice majestatem ejusdem collustrare splendorem *tituli, honoris praerogativam* etiam ab exteris agnitam, cum Caesare prope *communem*; ast haec sola existimationis communio ad vindicandam majestatem non magis, quam spes succedendi sufficit quae principibus *haereditariis* propria, nullo autem modo efficax est, ut in hos, tanquam ab omni imperio exclusos, majestatis crimen committatur, Engav. *Lib.* I. *Tit.* XLIV. §. LII. Multo minus concursus Electorum ad plurima imperialia negotia, qui fundamentum perduellionis in *eos* commissae constituit, cernitur in *Romanorum Rege*, cujus potestas extra imperatoris *absentiam impedimentum* vel *delegationem* sine efficacia est. Solidior ratio a verae *majestatis* communione petenda, siquidem ei post Caesarem summum imperium, cum plenitudine potestatis competit, vivo imperatore quidem regulariter *quiescens*, aliquando tamen effectus suos ita producens, ut exercitium ejus non semper *delegato*, sed *suo* quoque nomine sibi asserere possit. Posita vero majestate ponitur crimen majestatis, si quid hostile adversus illam tentatum. Breviter: habet majestatem, aeque ac ipse Caesar, *formulae Germaniae* convenientem cujus consequens est, ut in eum *verum* crimen majestatis committatur, Spener. *Jur. publ. Lib.* IV. *C.* X. §. VIII. *in f.* De *Augusta* tamquam merae dignitatis, non vero regiminis, majestatisque participe chartam consumere supersedeo, etsi nonnulli quaestionem, utrum in illam hoc crimen cadat, moverint Moser *comp. jur. publ. L.* III. *C.* XI. §. VIII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 58.

Crimen majestatis obliquum a rigore alienum.

De hac quaestione, quid sentiam quantum satis dixi supra *Qu.* XXIV. *Obs.* II. quorsum lectorem curiosum remitto. Quantumvis vero de hac specie quaestio moveatur, ea tamen in solis terminis perduellionis *obliquae* consistit, quae tam infausta non est, et ideo rigori poenarum non subjacet. Solam *gladii* poenam hic sufficere, ipse Auctor *N.* XCVI. asserit Porro *silentium* hic mitius puniri, ratio juris exorbitantis, quod ob solam scientiam conditum novimus postulat, etsi distinguere non videatur. Gundling. *ad l. maj. C.* IV. Omnium minime *liberi* durissimas *l.* 5. *C. ad l. Jul. majest.* poenas experiuntur, si non constat, patrem *directo* factionis contra imperatorem socius fuisse.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 88.

Crimen majestatis in principes imperii committitur.

De *Electoribus* non est, ut quid moneam quum verba legis satis definiant, eorum hanc esse *praerogativam*, ut in illos crimen perduellionis non modo *directum* verum etiam *obliquum* in Caesarem committatur. Convenienter, an imperite *pars corporis* vocentur in A. B., non inquiram: mihi sufficit, placuisse proceribus hanc appellationem, et inde dependens jus singulare *Electoribus* proprium. Quo fit, ut hoc respectu non tantum eorum *subditi*, verum etiam *extra territorium* eorum agentes simile scelus incurrant, horumque bona perinde, ac si in *Caesarem* quid moliti fuissent, per *totum* imperium publicentur, Gundl. *C.* II. §. XLI. De reliquis imperii *Principibus* res non aeque confecta. Offendit plerosque silentium A. B. Neque negandum, illud ipsum impedire, quominus qui hostilia contra eos meditantur majestatis criminis, respectu imperii, seu *obliqui* rei fiant, aut tum confiscatio per *totum* imperium locum habeat, Brunnem *ad l.* 1. *ff. ad l. jul. majest.* Muller *de crim. majest. C.* II. §. IV. Froelich, *P.* II. *Lib.* I. *Tit.* VIII. *N.* II. Id vero non officit, quo minus contra eos in ipsorum territoriis verum majestatis crimen committatur, omnesque intra *territorium* poenas legitimas experiantur, qui eodem se macularunt, Hert. *Resp.* CDXXXVIII. Debetur enim illis intra terrarum suarum districtum talis *suprematus*, qui jura majestatica complectitur *Schemata* subjectionis, nexusque Vasallagii, quibus nonnulli detinentur, *summae* eorum potestati nil detrahunt, nec quicquam in decisione praesenti mutant, siquidem jura sua non *dependentes*, sed ex legum Germanicarum sanctione, et sic *jure proprio* exercent, in quo praecipuus majestatis character consistit. Quam ob rem id diserte provisum esse in *Jur.*

Prov. Franconico, observat KIRCHG. *p.* 379. si machinatio contra *Episcopum Herbipolitanum* tentata. Quae si perpendissent JCti, haesitationibus supersedere potuissent, quae eos in transversum egerunt, ut huic crimini intuitu principum prorsus locum non assignaverint, RUMELIN *ad A. B. P.* III *C.* IV. §. I. vel majestatis *analogum* crimen GEORG. ADAM STRUV. *Ex.* XLIX. §. XVIII. vel *quasi perduellionem* ZIEGLER *de jur. maj. Lib.* I. *C.* II. §. XXXIV. vel *superioritatis laesae* crimen BURCH. GOTHELF. STRUV. *Jur. Publ.* §. XX. tantum commenti fuerint. Tavtologiam haec omnia sapiunt, non usum *pragmaticum* inferunt, nec quicquam refert, *superioritatem*, an *majestatem* iis propriam esse dixeris. Unde ad petitionem principii pertinent tradita MATHAEI *cit. l. N.* IV. PETRI MULLERI *de crim. maj. C.* II. §. IV. quod principes imperii injuriae suae vindices esse, poenam in mortuum, damnata rei memoria, extendere, aut cum *confiscatione* bonorum sui territorii conjungere, aut *liberis* ob facta parentum poenas legitimas imponere nequeant.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 96.

Poenae perduellium. Memoriae damnatio. Ratio confiscationis bonorum. Poena liberorum. Praxis ejusdem vindicatur.

Dissectio in quatuor partes nec in Germania nata, nec a CAROLO V. huic crimini primum praescripta. Illud docet LANGLAEUS *semestr. Lib.* X. *C.* IV. qui sub *Tullio Hostilio* eam jam cognitam perhibet; hoc vero ex verbis articuli *der Gewohnheit nach* non immerito colligitur, quamvis dissimilitudo suppliciorum, quorum scriptores in coërcitione hujus criminis mentionem hinc inde fecerunt, consuetudinem *perpetuam*, dubiam reddant. De superiori Germania usum ejus ex RHENANO probat KRESSIUS *ad cit. art.* §. I. Idem placuit plerisque originis germanicae gentibus, ceu de *Francia* variis exemplis illustrat LANGLAEUS *c. l.* THOLOSS. *Synt. Jur. Lib.* XXXV. *C.* I. *N.* XXXVI. ANT. FABER *in Cod. Lib.* IX. *C.* V. *def.* VI. de *Belgio* SIMON VAN LEEWEN *Censur. Forens. P.* I. *Lib.* V. *C.* II. *N.* IV. Nec aliud in *Anglia* usitatum, licet ibidem cum majore apparatu applicetur, teste COVELLIO *Instit. jur. Angl. Lib.* IV. *Tit.* XVIII. §. VIII. et SCHMIDTIO *de republ. Angl.* II. *C.* XXVIII. Idem repetunt *Statut. Hamb. P.* IV. *A.* III. Alias *genus* supplicii in Germania admodum variavit. Saepe KYNOPHORIA placuit. GÜNTH. *Ligar. Lib.* V. iterum contusio membrorum per *rotam Jus. prov. Sax. Lib.* II. *A.* XIII. Ipse CAROLUS IV. condita A. B. in dispositione juris *romani*, totidem verbis ex *l.* 5. repetita, substitit. Nonnunquam pedibus suspensos, discimus ex CRANZIO apud SPEIDEL. voce *Henker.* Tandem CAROLUS V. patriae proditoribus non solam dissectionis poenam minatus fuit, verum etiam cum illa *prehensionem per forcipes candentes* conjunxit, si reus masculus, sin foemina fuerit, *suffocationem in aquis* substituit. Neque *praxis* ab his recedit,

quam vel solum *Grumbachii* exemplum illustrat, apud Müller. *anal. Sax. p.* 194. tametsi non deficiant exempla, ubi vel ob reorum *natales*, vel *alias* circumstantias, quarum arbitrium penes summum imperantem est, *gladii* poena sufficere visa fuit. Philippi *usus pract. Inst. Lib.* IV. *Tit.* XVIII. *N.* IX. Famosum recentiorum temporum exemplum perduellionis gladio vindicatae vid. apud. Lünig. *Cod. diplom.* T. I. *pag.* 1772. Taceo perduellionem *late* patere et certis *gradibus* constare, quorum alli funestiores, alii paulo tolerabiliores, quibus, si eadem semper poena statueretur, ex summo jure summa injuria nasceretur. Sic, etsi *conatum* a majori gradu, et poenae severitate non eximerem, nonnunquam perduellio *arcis deditionem*, a qua totius reipublicae interitus non simpliciter dependet, concernit, et sic tam detestabilis non est, quin gladii poena sufficiat, idem de eo qui scelesta consilia cum hoste init, ast magis de *lucro* captando, hosteque decipiendo, quam exequendis consiliis cogitavit, dicendum. Alioquin machinationes tales *sua natura* periculosas absolute prohibitas esse, et in perduellionem incidere, solide docuit Leyser *cit. l. Med.* IV. mitiorem tamen sententiam aliquando in tali specie latam, et gladii poenam sufficere visam fuisse, praejudicio illustrat Zigler *cit. l.* §. LX. Idem temperamentum saepe justitiae regulas requirere, probat, et ex *Statut. Hamburg. p.* IV. *Art.* III. illustrat Grass. *collat. Jur. Rom. cum Recess. Imp. Sect.* XV. §. II. *in f.* Illud singulare est quod in *uno* poenae genere non substiterint legislatores, sed extraordinem eorum *plura* conjunxerint, non alia ex causa quam ob criminis atrocitatem. Refero huc praeter *capitis* supplicium, *memoriae* post mortem *damnationem*, non commiscendam cum accusatione mortuo reo admissa, nec cum *bonorum confiscatione*, de qua *speciatim* edixit lex carolina, adeoque *diversis* locutionibus unum idemque vix comprehendisse videtur Stryck. *V. M. h. t.* §. VIII. Rectius defuncti memoria damnari dicitur, quum symbolis quibusdam externis infamia ex delicto contracta perennis conservatur, sive quod cadaver non humetur, *l. I. C. de cadav. punit.* sive quod statuae evertantur *l.* 24. *de poen.* nomen e *fastis* deleatur, Tacit. *L.* III. *C.* V. *insignia* gentilitia a carnifice frangantur Hopping *de jur. insign. C.* XVI. §. II. *N.* XV. AEdes rei *destruantur*, posito ibidem infami epitaphio, quem morem ne hodienum in Germania et Gallia ignorari, praejudicia a Stryckio *V. M. cit.* Thuano *Hist. Lib.* LIII. et Mornacio *ad l. ult. C. ad l. jul. maj.* et Diar. Europ. *Cent.* XXIII. *p.* 33. allata docent. Notabile infamis epitaphii exemplum Crellio in Saxonia positum refert Arnold *Kirchen. und Ketzer Historie, Tom.* II. *Lib.* XVI. *Cap.* XXXII. §. XXXVII.

Haec omnia excipit *confiscatio* bonorum tum II. B., tum *Const. Carol. Art.* CCXVIII. fundata, non tantum *allodialium*, sed etiam *feudalium*, quae dominus fendi immediatus, in quem simul peccatum, eripit, si adversus *imperatorem* crimen commissum, licet hic olim *fisco suo* bona addicere sueverit. Nam Caesar tandem cedere debuit, post

capit. Ferdin. III. Neque futura bona ex *fidei commisso* quaesita simpliciter excipiuntur. SIXTINUS *de Regal.* I. *C.* XII. *N.* LXXX.

Omnem vero acerbitatem superat illud malum, quod *liberi* ex delicto paterno subire debent, dum non tantum *infamia* notantur, verum etiam exsortes esse jubentur cujuscumque *successionis*, testatae vel intestatae *A. B. c. l.* Lex eos repellit, non quasi *indignos*, sed quasi *incapaces* VOET. *ad ff. tit. ad l. Jul. majest.* §. IX. tum ut charitas liberorum amiciores parentes reipublicae redderet, tum ut liberis hoc modo ad egestatem redactis impediret, ne patris necem ulcisci, vel criminis paterni vestigiis inhaerere tentarent. Adeoque ratio mere *politica* est, quae jus hoc exorbitans invexit, cui aliquid indulgendum ob *salutis publicae* praerogativam HEROD. *Rer. jud. L.* VIII. *Tit.* IX. *C.* XIII. Lepida enim sunt, quae nonnulli aggerunt, quasi liberi non puniantur, sed tantum in eum statum redigantur, ne nocere possint, STRYCK. *ad Laut. h. t.* Nam idem ille status, quem inviti subire coguntur, malum, quod plenam poenae rationem habet, satis superque continet. Soli sexui *sequiori*, a quo non facile quid metuendum favisse videtur legislator, dum infamiae fulmen in *filios* tantum nominatim fibravit, nec filias in totum a successione exclusit. Immo intentioni legislatoris convenienter agunt, qui, coangustata hac sanctione, nec *adoptivos*, nec *nepotes* in eamdem sortem cum liberos conjiciunt, de quo plenius agunt RINCK. *de poen. fine culpa C.* III. §. XXXVIII. *seq.* FROELICH. *c. l. N.* X. De eo non conveniunt, utrum in *Germania* iste rigor unquam agnitus? ANT. MATHAEI antiquatum illum esse, quasi ex tripode pronunciat *Lib.* XLVIII. *tit.* II. *C.* V. *N.* VI. Hunc stricte sequitur ZIGL. *de jur. maj. c. l.* §. LXVI. Denique poenam perduellium ad *liberos* extendere, inauditum in Germania perhibet DE LUDWIG. *ad A. B. c. l.* §. IV. et MYL. *in adit. ad Rumelin. P.* III. *diff.* IV. *Th.* IX. Quod, si ad principes, in *imperium* quid molientes hoc constringeretur, facile subscriberem, cum omni aevo indignum genio Germanorum inter *illustres* visum, liberos facinus parentum luere, ut ne quidem proscriptorum liberos exckuserint a successione, ceu exemplum HENRICI LEONIS. docet. Alia ratio est privatorum, quibus *stemmatis* ac *dignitatis* praerogativa non suffragatur, quae sola priori casu temperamentum hactenus suasit. Et licet non defuerint Principes, qui *gratiam* insontibus liberis fecerunt, ut de *Austriacis* Historia Germaniae plena, imo extra Germaniam de COSMO *magno Hetruriae duce*, pluribus conjuratoribus petito, observat FORSTNER. *ad Tacit. Anal. Lib.* VI. *p.* 690. tamen notabile est exemplum perduellionis, in *fratres* vindicatae, contra RUDOLFUM ALBERTI sicarium, quod ex CHRON. apud ECCARD *T.* I. *Corp. Hist.* pro illustranda praxi Germaniae refert LEYSER. *Sp.* DLXVIII. *Med.* XX. Recentissimum autem praebent liberi *Comitis* AB UHLEFELD in Dania Perduellis PHILIP. *c. l.* et comitum LEOPOLDI proditorum THEAT. EUROP. *T.* X. *contin. ad an.* 1671. adeo, ut speciatim famae fuerint restituti.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 107.

Perduelli post crimen alienatio bonorum prohibita.

Utilitas hujus doctrinae se exserit in quaestione utrum majestatis reus *post crimen* bona valide alienare, et fiscum ab eorum occupatione excludere possit, quam merito nego. Nam *l.* 20. *de accus.* negativam manifeste probat, et *l.* 3. 4. 5. *ff. C. ad l. Jul. maj.* omnem donando, alienando, bonorum *deminutionem* prohibet. Etsi enim Paulus perduelles antequam damnati, *dominos* manere respondeat in *l.* 15. *qui et a quib.* ipsa decisio tamen, et rescriptum imperatoris, ad quod provocat, evincunt, facultatem alienandi jam ante damnationem esse amissam. Facilius temperamentum admitto eorum, qui alienationes *ratas* esse, sed ob damnationem secutam *infirmari*, asserunt, in quorum numero est Mathaei *Tit.* II. *C.* III. *N.* XXII. Is enim effectus est *declaratoriae* sententiae, ut retro infirmet, quicquid eidem contrarium actum, quam e contra *privatoria* ad antecedentia se non extendat, sed ex momento *publicationis* effectus civiles demum producat. Nolim itaque declaratoriam sententiam ad solam *notoriam* perduellionem restringere, in qua haeresi esse videtur Zigler *de jure majest. C.* I. §. LIV. quum ab aliis dudum observatum sit, notorii allegationem esse valde *aequivocam*, nec unquam ita comparatam, quin adversus illam excipere liceat. Quo jure ergo, quoties factum negatur, vel allegatis rationibus quodammodo excusari potest, sententia opus, qua *juridice* certum fit, quod hactenus in obscuro fuit; eodem jure, non obstante notorii terriculamento, ubique opus est causae cognitione et sententia, quantumvis *declaratoria*, ut ex omni parte *justi* regulas observatas fuisse, in re tanti praejudicii certo constet B.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 108.

Non omnis seditio in perduellionem degenerat. Variae ejus species. Poena silentii. Obligatio ad revelandum crimen.

Non *uniforme* esse crimen *perduellionis*, sed *gradibus* differre, supra evici, qui prout magis vel minus vinculo, quo respublica cohaeret, noxii, delictum modo aggravant, modo elevant, in eo tamen conveniant, quod *hostile* factum sapiant. Hoc quale sit, in genere quidem facile definiri potest, ipsa *applicatio* autem pluribus dubiis premitur, cum tot effugia excogitentur, et dubia in rei veritate emergant, quae *animum* delinquendi, cujus in causis criminalibus potissimum ratio habenda, ab exitioso consilio saepe liberare videntur. Equidem qui factionem scelestam in *vitam* Principis ineunt vel formam *regiminis*, ex qua vinculum civitatis pendet, evertere, novaque molien-

do, omnes ac singulos in sortem periculo plenissimum, vitam, bona, fortunamque amittendi, conjiciunt, in ea causa sunt, ut ad *summum* criminis gradum pervenerint, tali quippe facto infames, quod nullo prorsus obtentu justificari potest. Ast non omnino in hunc reatum incidunt *seditiosi*, sed ex his ii demum, qui *hostili* consilio animati sunt adversus patriam. Errant, qui seditionem cum rebellione promiscue assumunt, et ab hac ad illam inferunt, quasi prior sine coitione, et communicato consilio, adeoque facto per se *periculoso* consistere nequeat. Est aliquando cum *perduellione* conjuncta, saepe ab illa diversissima, Ant. Mathaei *C. II. N. VII.* qua de causa *tres* casus distinguendi. Datur seditio quae cum *totali* defectione subditorum conjuncta, dum in *universum* obsequium tollit, et sic directo ad *eversionem* reipublicae, ejusque vinculi pertinet, quae sine dubio ad *perduellionem* referenda, et sua natura in verum *hostile* factum degenerat. Datur quoque, quae *salva* reverentia atque *subjectione*, contra iniquas *exactiones* superiorum, coitione, armis, et vi adhibita, suscipitur, quae toto coelo a perduellione differt, quia libertatis in certa *specie* defendendae caussa suscipitur, nec ad rumpendum civitatis universale vinculum tendit nec hostilitatem, unde compages solvi posset, spirat, sed ad summum in *vim publicam* degenerat, cujus duo illustria exempla habes apud B. Parentem *T. III. P. III. Cons. DCCCXXX.* et in *Consil. Tubing. T. IV. Cons. CI.* de subditis coadunatis *executioni* principis sui verosimiliter injustae, se opponentibus. Nam etiam *probabilis* caussa, et justa opinio tuendorum jurium ad excludendum hostilem animum, sine quo perduellio consistere nequit, efficax est, Farin *Qu. CXIII. N. CXLIII.* Quo et *metum* externum refero, qui, etsi injustus, civem saepe excusatius deterret a parendi necessitate Leys. *Sp. DLXVIII. N. XII.* Datur denique, quae vel *petulantiae* caussa in academiis, vel aliquando dolo ex inobedientia sine armis; vel denique fortuita coitione, non ex condicto, concitata, quae in merum *tumultum* vel *turbae* crimen degenerat Corvin et Perez. *in Tit. C. de sedit. N. I.* Prior ad rigorem et poenas *perduellibus* praescriptas exigitur. Altera graviter quidem coercetur ita, ut *metus* poenae ad omnes, poena ad *paucos* perveniat, et supplicium capitale *auctoribus*, vel, quae his proxima est, condemnatio ad *opus publicum* iis, qui convocarunt, alios animarunt, et resistentiam aluerunt, imminere possit Livius *L. XXVIII. l.* 3. 8. §. 2. *de poen.* Ultima denique *arbitrarie* punienda. Conficitur itaque non omnem convocationem, aut resistentiam ad rebellionem referri posse, sed eam tantum; quae non temporalem, sed *perpetuam* rupturam alit; non quae ad unicam, superioris exactionem tentatam, sed quae totalem defectionem importat; non quae defensionis speciem habet, sed quae improbo consilio ad pessumdandam civitatem directa. Fateor *resistentiam*, etiam temporariam, subditorum multum affligere rempublicam, et coutumaciam eorum ferocem rem pessimi exempli, saepe quoque malae consequentiae esse, quum sic non civitas, sed dissociata multitudo maneat, aut certe

proximam viam ad Anarchiam praebeat. Inde vero non *rebellionis* reatus necessario, sed hoc tantum sequitur, esse talem coitionem valde *criminosam*, nec defensoribus reorum nimis velificandum, quibus praetextu *ignorantiae*, vel *defensionis* nimis frigide de ea sentire solemne est, quum etiam *injustis* jussibus in dubio parendum, et magis precibus principes flectendi quam armis et violentiae civitas exponenda. Longe minor perduellionis gradus est, *secreta* reipublicae consilia hostibus manifestare, aut iis *arcem* aperire, vel prodere, dummodo inde *totalis* civitatis suppressio non protinus metuenda sit, et sic hostilis quidem *conatus*, sed non talis concurrat, qui civitatis *plenarium* exitium minatur. Quamobrem gladius vindex in tali casu expiare faciuus solet, ut praxis docet, et supra ex Ziglero *c. l.* §. LXVI. mediante praejudicio illustravi. Difficilior cognitio est de *silentio*, quod, etsi summo jure non minus quam scelestum consilium contra patriam, noxium sit, et eamdem poenam mereatur, maxime si ipsa factio celata ad *summum* perduellionis *gradum* pertingat, ceu ex professo docuit Gundling. *c. l.* plerisque gentibus tamen humanitatem in hac specie placuisse, et raro severitatem *gladii* poenam excedere, tum ipse fatetur, tum alii humaniores JCti professi sunt Menoch. *de A. J. Q.* II. *Cas.* CCCLV. *N.* IV. Mathaei *c. l. C.* III. *N.* XXIII. de Ludewig. *c. l. p.* 413. Illud vero valde periculosum, quod quidam, neminem extra indicia fortiora ad revelandam proditionem adstringi, perhibent. Leyser *c. l. N.* VI. Dudum hanc restrictionem profligavit Gundling. *C.* IV. §. VIII. cui, quod opponeret Leyserus, praeter auctoritatem Gigantis, nil habuit. Et profecto mirandum, qui fieri possit, ut, quid et quantum ad salutem ac conservationem civitatis conducat, *unius* hominis judicio relinquatur, et sic tam maligne de utilitate publica, statuatur, quae suprema lex esse debebat. Admitto armatam contra *calumniatores*, vel *promiscuos* delatores justitiam, sed eadem imo multo major justitiae ratio militat *propalatione* ejus, cujus silentium civitati ruinam minari posset. Neque laedit aequi bonique regulas, qui scientiam qualemcumque manifestat, in re tantopere *periculosa*; laedere autem rempublicam potest, si, quod praecavere, in ejus potestate fuit, non praecavet, sed *obmutescere* mavult. Non loquor de opinione *affectata*, et tam levi suspicione, quae contemni meretur, immo potius prudentis, nedum boni civis esse credo, tunc dixisse: non cogitaveram, nec ulla probabili caussa instructus eram, rem deferendi. Confundunt, qui secus sentiunt, accusationem cum scientiae revelatione; illam impune et *prudenter* omittit, cui desunt argumenta probantia *l.* 3. *ad. l. Jul. majest. l. fin. C. de accus.* non hanc, quae exponit tantum scientiam, eamque, cujus sit ponderis, illi, cui revelat, examinandum relinquit Limnaeus *ad A. B. C.* XXIV. §. VII. *Obs.* III. Rectius ergo et sibi et reipublicae prospicit, si in *dubio* nil omittit, in caussa tam momentosa, quod eruendae veritati ullo modo praejudicare potest. B.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM XLI. N. 122.

Maledictio in principem pro qualitate verborum coërcetur. Famosus libellus in principem.

Simplex *maledictio* in principem planiori appellatione, crimen *laesae venerationis* dicitur, et quia vera *injuria* est, ex indole ejus communi aestimanda. Potissima consideratio omnis injuriae ad *animum*, quo verba pronuntiata, pertinet. Eadem quoque in laesa veneratione primarium momentum constituit, et hoc modo judicis officium temperat, ne quodlibet *lubricum* linguae huc trahat. Impossibile est, voces vulgi penitus compescere. Alios *levitas* vel *inconstantia* animi, alios studium *novitatis*, alios fragilitas *sermonis* excitat ad judicia sinistra, et sic loquelae ex eodem *improbitatis* fonte non promanant. Videmus subinde concionatores aliosque scriptores saepe declamare ac scribere, quae parum conveniunt reverentiae *principibus* debitae, sed sine animo illos *offendendi*, quos tantum *imprudentiae* poenas dare, aequum est, ceu solide et egregio conatu docuit Leys. *Sp.* DLXIX. Nonnumquam subditi aerarium principis, ejusque *administrationem* cavillantur, de re domestica, debitis pecuniariis principis, animo ab injuria longe remoto, sed parum honeste sentiunt, et ita *oblique* principem traducunt, qui prioris sortis hominibus non multo sunt inferiores, ut ex specie patet, quam exhibet B. Parens. *T.* III. *P.* III. *Cons.* DCCIV. Iterum alii in *imprecationibus* sunt famosi, magis tamen *improvidi*, quam *improbi*, maxime si zelo *religionis*, aut durioribus *exactionibus* superioris exagitati, specie *doloris*, per ejusmodi sermones principi maledixerint. Quam audaciam, etsi judex, nisi eam contemnere malit superior, non inique coercere queat, sollicite tamen cavere debet, ne *commoti* animi impetus, imprimis eorum, qui paulo *durius* habiti, negligat, neve quascumque *indefinitas* ac *confusas* imprecationes in sensu nimis *delicato* interpretetur, aut ad ea proferat, ad quae ne quidem ipse imprecator, nisi immemor humanitatis, et in *propriam* salutem injurius, si distincte interrogatus fuisset, ea extendisset. Sixtin. *de Regal.* II. *C.* XX. *N.* CXII. Ratio *personarum* hisce casibus vindictam potissimum moderatur, ut *viliores* carcere in consultos sermones luant, *honestiores* gravi aere temeritatem illam compensent, quae compensatio, quia cum confiscatione haud commiscenda, non magis, quam cognitio de tali simplici maledictione fisco vel superiori privative vindicanda, sed mero imperio tribuenda Lynck *Resp.* XCIV. *N.* LXXII. Interim, si quid *protervius* dictum, modo non fuerit *seditiosum*, aut turbulentum, temere ad cognitionem non provolandum sed causa ante omnia ad superiorem *referenda*, ita ut, antequam de voluntate principis, ejusque ad animum revocatione constet, reus ne quidem responsione *summaria* gravandus sit Wernh. *P.* II. *Obs.* CDLXXXIII. Leys. *Sp.* L. *M.* VI. Declaratione superioris secuta, valide judex procedit, adeo ut

si dolus ac malitia rei evidens fuerit, qualitasve maledictionis factum aggravat, veluti si *famosus libellus* in principem conceptus, vindicta ad *capitale* supplicium extendi possit, licet mitior opinio plerosque etiam hoc casu teneat Froel. *c. l. N.* XIII. Heig. *P.* II. *Qu.* XXXI. Quae omnia, uti traditis Auctoris non repugnant; ita sententia ejus *N.* CXX. proposita tanto minus veritatis speciem habet, quanto magis ex ipsa ejus doctrina crimen laesae majestatis etiam in *principes imperii* committitur. Qua in re recte notatus a Bergero *El. crim. p.* 121. et 471. et *Lib.* II. *Resp.* XVII. quemadmodum jam olim aequitatem extensionis ad quoscunque Principes Imperii agnovit Hartmann Pistor. *Obs.* CLXXXVII. *N.* VII. quae sententia si de principe *regnante* et non *apanagiato* quaestio est, merito praeferenda, Berger *c. l.* B.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 25.

Adulteratio monetae multiplex. Ignis supplicium varie temperatum.

Dudum inter romanos innotuere multiplices corrumpendae *monetae* machinationes, de quibus agunt constitutiones Constantini relatae in *Cod. Theod. Lib.* IX. *Tit.* XXI. Conflabant falsam monetam, bonam separatione auri ab aere, purgabant, vel incidebant. In Germania adulteratio *latius* serpere coepit, et plura sub appellatione *der Müntz-Verfälschung* comprehensa, quae utilitas commerciorum, ac inde dependens salus publica suggerere visa, sive *stando, feriundo* committerentur, sive solo *abusu*, tum *juris* monetandi, tum ipsius *monetae cusae* absolverentur. Testantur hoc tot in Germania a proceribus communi consilio condita *edicta* monetaria unice in hunc finem publicata, ut omnem quae circa *monetam* sese exserere potest *fraudem*, vel circumventionem profligarent. Ipsa *Carolina* non tantum id comprobat, quae crimini *falsae monetae* nominatim accenset, *expensionem* adulteratorum nummorum, imo et eos qui monetam bonam quomodocumque *corrumpunt*, in eumdem reatum conjicit, verum multo ampliori apparatu aliae *leges imperii*, secundum quas delictum *monetarium* committitur 1) *usurpatione juris monetandi* 2) ejus *abusu* 3) falso in *formandis* nummis commisso 4) usurpatione *juris* monetandi cum *falso* conjuncta 5) probae monetae *tinctura* 6) *rasura* 7) *expensione* 8) *commutatione* probae monetae *domesticae* cum *extranea* docente B. Engavio *de delict. monet.* §. V. Horum abusuum quidam ad eos, penes quos est *jus monetandi* pertinent, alii in *privatos* tantum cadunt. Illorum investigationem jus *publicum* Germaniae suppeditat. Hi vero ad jus *privatum*, de quo in Carolina, et hic agitur, referendi. Uti vero modi adulterandi monetam non sunt *ejusdem* generis, sed alii *graviores*, alii *leviores*, ita ignis supplicium, quod Carolus V. in plerisque casibus, peraeque minatus est, ab interpretibus mirum in modum temperatum, et hac occasione plures *praetextus* excogitati, qui-

bus sanctio *Carolinae* pene eludi coepit, de quo non immerito conqueritur Leyser. *Sp.* DCXVIII.*Med.* I. Promovit illud temperamentum, et plures exceptiones invexit imprimis pseudo-principium juris publici: jus monetandi non esse partem *superioritatis territorialis*, sed unice ex *beneficio Caesareo* pendere adeoque aliam poenam in moneta *imperiali*, aliam in *provinciali*, aliam in *extranea* moneta locum habere *Cons. Altorf. T.* I. *N.* LXXVI. ad minimum monetae provincialis a statibus jure proprio procusae adulterationem *cedere* huic, quae circa monetam ex privilegio Caesareo cusam perpetratur, quasi haec simul *majestatis* laesionem, illa simplex *falsum* inferat, et quae sunt ejus generis alia. Quam ob rem non inutile erit in hocce fundamentum paulisper inquirere, quod fiet *Qu. seq. Obs.* I.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 29.

Expensio falsae monetae sine criminis societate non capitalis est. Si post expensionem pecunia salva, rigor cessat.

Sequitur hocce temperamentum jus *Tyrolense*, teste Froelichio *P.* II. *Lib.* I. *Tit.* IX. *N.* III. et usus fori etiam extra *Saxoniam*, observante Kressio *ad art.* III. §. II. Rectene an perperam ita cum Auctore sentiant interpretes ex *ratione* legis definiendum, quae unice ob *salutem* publicam duritiem poenae proposuit. Uti vero salus publica non tam *procusione*, quam cum ea conjuncta *expensione*, seu damno dato laeditur; ita palam est, hoc deficiente, mitiorem sententiam suo utique constare fundamento, et si ad casum, quo pecunia cusa adhuc penes cusorem *salva* exstat, restringitur (quorsum tendunt tradita Auctoris. *N.* XCII. *seq.*) ex ipsa legislatoris intentione praeferendam esse. Eoque pertinere videtur illa species, qua fabricator alteri *falsam* pecuniam *viliori* pretio scienter vendit, quia et hanc, ubi salva exstat, nec iterum erogata, *damnum* sciens sentire non videtur, *publica* vero laesio nondum in effectum deducta est Wernh *P.* IX. *Obs.* LXVIII. Quid vero si expensa quidem, sed ab *alio?* Siquidem, fabricator cum eo in *societate criminis* est, et ad expendendum alteri falsam monetam concessit, nulla ratio est, cur a verbis et ratione legis recedatur, quum per expensionem *actuale* damnum commerciis datum, nihil autem intersit, utrum quis tale immediate *suo*, an mediate *alieno* facto promoveat. Cessante societate, si fabricata pecunia forsan *clam* subtracta, et ab alio vere expensa, quia *actuale* damnum civitas itidem experta est, et sic ratio legis concurrit praeterea particula *oder* disjunctiva est, eodem jure merito dispositioni legis locus concedendus foret, fatente Mevio *ad Jus. Lub. P.* IV. *Tit.* XII. *Art.* V. *N.* XIX. et Zieglero *c. l.* §. LVII. etsi ut plurimum poenam temperent Jcti, quia damnum non per *fabricatorem* datum sed is ejus tantum caussa *remota* fuit, factoque suo in simplex *laesae Majestatis* crimen incidit, solo *gladio* vindice expiandum. Quid? quod poena *ignis* etiamsi

cusio et expensio concurrat ob praetensam *duritiem* fere antiquata, et *decollatio* recepta videatur *Consil. Tubing. Vol.* II. *Cons.* LXXXIV. *N.* CXLIX. aut, si adhuc infligitur non facile in *vivos*, sed post *gladii* supplicium in *cadavera* occisorum exerceatur Chlingensperg *Cons. Cr. T.* I. *Consil.* VI. *N.* XIV. XXXV.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 44.

Moneta imperialis sine effigie imperatoris. Statuum moneta aeque imperialis.

Romanizant hic Blumlacher *ad h. art.* et Froelich *c. l. N.* II. et non nisi in moneta effigiem *imperatoris* repraesentante, *ignis* supplicium admittunt, contra quos calamum strinxerunt Clasen et Stephani *ad h. art.* argumentis sat praegnantibus. His addit Gross. *c. l. p.* 875. verba *eines andern*, quae evincunt non de una eademque h. e. *imperatoria* moneta hic esse quaestionem, sed ipsum legislatorem dum de *pluribus signaturis* egit, tum *imperialem*, tum aliorum *statuum* monetam intellexisse, uti etiam commode explicari potest *Edict. monet. de Anno* 1559. ibi: *aller alten und neue guten Münzen* Engau *de fals. nummar.* §. XXXVII. Non tamen diffiteor, ideam, quam sibi de jure imperatoris eminente circa monetam Imperii nonnulli formant, effecisse, ut eam tantum pro imperiali habuerint, et ad rigorem exegerint, quae ut dictum, signata, vel ad minimum *modum* ab universo *imperio* probatum *den Reichs- Fust* tenet, adeoque eos, qui nummos alia ratione ad normam *conventionis statuum* vel *circuli nach dem Zinnischen oder Leipziger Fust* confectos illicite fingunt, mitiori supplicio subjecerint, vid Berg. *El. crim. C.* II. *P.* II. §. II. Beyer *ad art.* III. *C. C. C.* §. X.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 59.

Non qualitas nummorum sed quantitas damni fundat crimen. Obulorum falsa procusio capitalis.

His non sine specie opponi posset *levior* jaetura, quam ejusdem numismata producunt, et non tam *commercia* cum *exteris*, unde cives imprimis ditescunt quam negotia *incolarum* in eadem provincia concernunt. Sed salva res est. Incommodum enim, quod ex pecuniae, quae *majoris ponderis* est, corruptione oritur, vel pecuniosos et *divites* tangit, vel *mercatores*, quorum illi opum abundantia, hi vero variis artibus imprimis pretio mercibus, et ipsis nummis imposito, quod vulgo *den Cours. machen* vocant, id, quod bonitati decedit, pensare possunt. Contra aeris *minuti* adulteratio *plebem*, et sic *maximam* civium catervam tangit, qui ex opere *manuario* vivunt, et nullum omnino refugium habent, ex quo contra *damnum* sibi prospicere possent. Quumque horum quotidiana ac necessaria subsidia in minutis obulis consiste-

re soleant, tanto magis horum corruptio noxia sit, quanto certius est, necessitati *quotidianae* tantum decedere, quantum legitimae bonitati nummorum per adulterationem detractum. Unde calamitas, quae inde oritur est tanta, ut major fingi vix queat, de quo vel sola tempora, quibus Germania aeruscatoribus *die Kipper und Wipper Zeiten* premebatur, omni exceptione majus testimonium perhibent, siquidem hujus generis homines nihil circa *majoris* ponderis aera tentasse sed omnem adulterationem ad *minuta* numismata porrexisse constat. Quod vero de commercio intra fines civitatis tantum laeso oggeritur levidense est, quum saluti publicae parum prospectum eatur, quoties magis *extraneorum*, quam *civium* rationem habemus, et quae *foras* fiunt effectumque habent, praeferimus negotiis a civibus *inter se* ineundis. Taceo, non pauca esse territoria, quae suis frugibus et *interno* commercio contenta, cum *exteris* nil vel parum commune habent, in quibus pecuniae minutae calamitatem sub hoc praetextu inultam relinquere velle, regulis justitiae repugnat. Quare non tam *qualitas* specierum, quam sola *quantitas* et inde dependens damni dati ratio, vel confirmat, vel elevat adulterationem, adeo ut si minimi obuli in *magna* copia cusi, ac expensi, de *capitali* supplicio nihil remittendum sit. Wernh. IX. *Obs.* CC.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 70.

Operae extra actum cusionis praestitae non sunt capitales.

Nihil interesse putat, utrum quis in *ultimo* actu falsi qui forma monetae absolvitur, concurrat, an sciens circa actus *remotiores* auxilium ferat, neque tunc minus criminis participem se reddere, quam eum, qui *ultimam* manum admovet, adeoque satis constare de fundamento *capitalis* supplicii putat Wernh *P.* IX. *Obs.* CCI. In mitiorem sententiam iverunt *Hallenses*, eumque qui instrumenta, et materialia sciens procuravit, *arbitrarie* coercuerunt apud Ludovicum *art.* CXI. *C. C. C.* §. IV. Unde rigorem ad auxilium in ipso *actu* criminis latum restrinxit Kress. *ad cit. art.* quod etiam rationem habet, tum quod nihil nos cogat a regulis ordinariis de *concursu* remoto et proximo in hac specie recedere, eumque qui *minus*, et *plus* ad effectum criminis contulit *aequali* poena coercere, tum quod *rigor* communis poenae, qui JCtos hic in genere deterret tanto magis judicem in praesenti specie avocare possit a ferali sententia.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 81.

Stryckii sententia de poena adulterationis pecuniae extraneae. Auctor defenditur.

Parum roboris inest argumentationi, quam sibi Auctor, verba, *nach Satzung der Rechte* suppeditare existimat, pro evincenda inter *imperialem* et *extraneam* monetam, differentia. Quod enim contra eam, quae haud imperatoria moneta est in *l. 2. c. de fals. monet.* edixit CONSTANTINUS non de extranea, sed illa capi debet, cujus flandae, feriundaeve potestatem civitates hactenus impune exercuerunt, quam antiquare hac lege intendit. Deinde remissio ad jus *romanum* nullo alio consilio, quam, ut *genus* poenae adoptaretur, facta videtur, aeque ac in aliis articulis contigit, quibus mutuato ex jure romano poenae genere, ipsum *crimen* ex juris *Germanici* principiis aestimatum *conf. art.* CXX. et CXXVI. *C. C. C.* Quam ob rem STRYCKIUS *de temerat. monet. C.* III. §. IX. Auctori contradicere, et omnem *differentiam* adulterationis monetae *imperialis*, vel *extranei* principis tollere, iisdemque poenis subjicere tentavit, hoc potissimum argumento, quod ipsae leges imperii monetam *peregrinam* bona, ac justa materia constantem, *severissime* prohibuerint, eamque importantes graviter coercuerint *R. J. de Anno* MDLI. §. XLVI. *Muntz-Edict de An.* DCLIX. §. XX. *S.* I. inde autem filum consecutionis nectere liceat: si usu peregrinae monetae eorum, penes quos est hoc regale, tam acriter interdictum; tanto majori reatui se subjicit, qui *pravam* monetam extraneam in imperio ipse cudere audet. Fortius adhuc stringit *cit. Edictum monetarium* §. CLXX. secundum quod in puniendo eo, qui nummos imperiales, vel peregrinos *liquat*, nihil prorsus discriminis admissum, sed utrobique poena *ignis* constituta; omnium minime itaque mitior poena imperatori in mentem venire potuit, eo casu, quo falsa *imitatione* signi alieni, longe majori reatu quis se polluit. Licet enim verba *ausserhalb der Fremden* aliud inferre videantur, ea tamen quae immediate sequuntur *wie hiebevor mit massen in diesem Edict. vermeldet* rem temperant, et ex §. CXLV. explicanda, quo certa moneta *aurea* extraneorum probata, et *aequo jure* cum imperiali *excepta* ab illa, quam *impune* liquare permissum. Quo posito vis argumenti omnino subsistit. Singulare adhuc est quod ex cit. §. CXLV. colligo: pro imperiali moneta *fictione* juris, tum quoad *usum*, tum quoad *corruptionem* eam habendam esse, quae in *usum commerciorum* recepta. Unde insigne pondus accedit distinctioni, quam eam in rem proposuit ZIGL. *de jur. maj. Cap.* XLIX. §. XLV. utrum moneta peregrina *publice* per expressam *legem* recepta, an *reprobata*, an denique per solam *conniventiam* tolerata? *primi* generis monetam tanquam *adoptatam*, et quasi *jure civico* donatam, qui adulteraverit perinde ac si imperialem corrupisset, *flammis* consumendum censet. Quum enim facul-

tas pecuniam exterorum *recipiendi*, aeque ac propriam *cudendi* majestatis jus sit, non minus hoc, quam illo casu in *majestatem* injurius est, qui *corrumpendo* alterutram adulterat. In *altero* genere, ex quo quis in simplex *falsum* incidit *arbitrariam* poenam substituit. In *Tertio* denique vel ideo Auctori nostro poenam *gladii* defendenti adhaeret, quia, licet majestatis laesae hic nulla ratio sit, *qualitas* facti *graviorem* poenam meretur, quae per *art.* CXIII. ad *mortem* extendi potest. Quicquid sit, ego etiam in primi generis adulteratione cum Auctore sentio, tum quia *majorem* utique dolum incurrit qui *sui*, quam *extranei* principis effigie per imitationem abutitur, tum quia majestatis violatae *gradus* sunt, et multo minori peccat, qui *receptionem* peregrinae monetae invadit, quam qui jus proprium ac *domesticum*, aera feriundi, usurpat, tum quia, quae leges imperii de *tinctura* disponunt, ad *pristini* temporis monetam, ac conditionem, tanquam jus *singulare*, pertinent, ad statum *praesentem* vix extendenda.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 84.

Tinctores monetae nudi falsarii. Ob reiterationem tamen saepe capitis rei sunt.

Utrum *tinctores* lege Constantini comprehensi, an haec solis *cusoribus* propria fuerit alte disquirit Zigler *c. l.* §. XLVI. Si secundum *Edictum* Ferdinandeum citatum et *Rec. Imp.* de Anno MDLXX. §. CXLIII. res decidenda foret, etiam hi *capitale* supplicium experirentur, his sanctionibus omnino comprehensi, Kizel *de jur. monet. p.* 471. Sed recte temperavit Praxis forensis rigorem teste Beyero ad *art.*. III. *Pos.* XII. et Kressio §. VIII. quum omnes, qui monetam tingunt, vel auro cooperiunt, non tam *falsi monetarii*, juriumque *majestaticorum* usurpatores, quam nudi falsarii sint, Engau *de fals. num.* §. XX. quamvis, quia *reiteratio dolus*, et insignis *noxia* per se *capitalem* poenam in falso fundant, horum concursus vero nullibi magis, quam in nostra specie cernitur, facile contingere possit, ut ob crebriorem iterationem poena *capitalis* locum habeat, quod non diffitetur Doepler *P.* II. *p.* 562. §. CLXIX. Utrum tinctores ideo, quod nummos *meretrici* dederint, a poena prorsus absolvendi sint, disquirit Engau *c. l. p.* 12.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 88.

Ignorantia juris num monetario prosit?

An etiam *ignorantia legum* huc pertineat, et peregrini advenae ea se tueri possint contra poenae rigorem, uti quidem existimavit Granzius *P.* II. *p.* 331. *N.* I. valde dubium mihi videtur. Talis ignorantia in re, quae *absolute* prohibita est, jura *publica* violat, et quia versatur circa objectum, quod *omnibus* notum esse poterat ac debeat, valde

affectata, ejusque conditionis est, ut si admitteretur, omnes leges eludere posset.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM XLII. N. 107.

Quae expensio falsae monetae capitalis? quae arbitrariae poenae subjaceat?

Etsi sententiam Auctoris de poena, quam soli *expendentes* subire debent, prorsus improbare nequeo, vereor tamen ne inter nimium et parum peccetur, quoties ex ea jus reddendum. Agnoverunt dudum cordati interpretes eam esse nimis *vagam*, et ideo in *applicatione*, si rationes juris non prorsus proscribendae, officium perdere. Unde opus *specialiori* determinatione, et distinctione casuum, quos ambitus expensionis comprehendit. Nimirum 1) qui pecuniam ab *alio* fabricatam *expendit*, et cum eo in *societate criminis* est, nec verbis, nec ratione legis se tueri potest, sed cum illo eumdem poenae rigorem subire tenetur. Nam cudens in hac specie, quia per alium expendit, ex omnium ore *igne* concremandus. Cur ergo mitiorem poenam subiret, qui per *societatem* cum illo contractam fabricae se participem facit, factoque suo civitati detrimentum infert? Adhaec ipsa legum vox eos qui criminis societatem in homicidio contraxerunt, ejusdem sortis esse voluit. *Art.* CXLVIII. *C. C. C.* etsi caedes ab uno sequuta. Qui ergo hic aliud statuendum? ubi diversitatis ratio deest, et turpis conventio de pecunia falsa alibi expendenda eodem prorsus fundamento nititur, solaque collusio cum cusoribus aequale omnium delictum adesse evincit. Fatentur id Kress. *ad h. a.* §. V. Rhez. *instit. Jur. publ. p.* 433. B. Parens *ad ff. tit. adl. Corn. de fals.* §. IX. denique *JCti* Tubingenses, *Vol.* I. *Cons.* LXXXI. *N.* CCXLII. Grass. *cit. loc. p.* 873. qui nescio ex qua *intempestiva* misericordia post decollationem, tantum cadaveris *combustionem* admiserunt II) Cessante collusione, qui *negotiationem* falsae monetae exercent, et antea *conquisitam* pecuniam expendunt, vulgo quidem *virgis* caeduntur, sed sine solida ratione, quum verba *aufwechseln*, *an sich bringen*, non ad *simplicem* sed cum turpi *commercio* conjunctam expensionem pertineant, quae ob facti gravitatem majorem poenam meretur. Unde abusum hunc merito taxat Leys. *Sp.* DCXVIII. *Med.* IV. et rectius poenam *gladii* substituit, cui in hac specie respondet jus *austriacum*, quod poenam *capitis*, vel *ignis* definit, teste Kirchgessnero *p.* 395. III) Deficiente negotiatione, si rei nummariae praefectus falsam pecuniam scienter expendit, quia hic ex *officii* ratione, improboque *exemplo* gravius peccat, merito ad opus publicum condemnabitur. Jure *Lubecensi P.* IV. *Tit.* XII. *Art.* V. manus abscissione. Jure *Saxonico Lib.* II. *Art.* XXVI. capite facinus luit, ut docent verba *es gehet ihm an den Hals*, quae sine ulla probabili eadem de *exilio* interpretatur Auctor *N.* CV. quum specie locutio *Art.* XXXVII. et XXXIX. occurrat, et ubique *vitae* amissionem involvat,

ceu solide docuit Zigler *c. l.* §. xlviii. Idem clarius patescit, ex *Jure Suev. cap.* CXCIX. quo monetarius, qui XII. nummos falsificatos pro bonis vendidit, *fustigatione*, sin usque ad dimidiam liberam et ultra, *capite* punitur IV) Qui *malos* nummos *bona fide* ab aliis acceptos *scienter* expendunt et, dum se deceptos vident alios se vicissim decipere posse stolide autumant, ob *fraudem* simplicem *arbitrarie* coercentur. *Fustigatio* enim, quam Carpzovius *N.* XCI. pro regula in casu expensionis proponit, nimis dura est, et officium, eodem ipso judice, pendit, in eo, qui in *alea* falsam pecuniam expendit, adeoque multo magis in casu praesenti temperanda, quod recte observat Leyser. *c. l. Med.* V. V) Par ratio eorum est, qui nummos de quorum bonitate *dubitant*, expendunt, vel qui *ignorant* quidem, sed scire tamen hoc *facile* poterant, qui *culposa* contraventione se contaminant, et poena *pecuniaria* vel *carcere* eam luunt, docente Eodem *Med.* X. XI. Contra VI) qui falsos nummos extra *supinam* ignorantiam *bona* fide expendunt, ab omni poena prorsus sunt immunes Clasen *ad h. a.* Theod. *coll. crim. p.* 1105. Denique VII.) qui improbam, sed non *improbatam* expendunt, ac deteriores nummos important, *bonos* exportant, non tam falsae monetae, quam *usurariae pravitatis* rei sunt, et sic itidem in poenam *extraordinariam* incidunt Harprecht. *Resp.* XIII. *N.* CCXI. Mev. *P.* III. *Dec.* CCLXVII. quocum conspirat jus. *Tyrolense* Kirchgesner. *p.* 395. ob concurrentem commercii, et negotiationis illegitimae *singularem* speciem hoc casu *capitalem* sententiam dictasse Hallenses, patet ex *Cons. Hall. N.* CII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLIII. N. 19.

Jus monetandi non a codicillis Caesaris, sed superioritate territoriali dependet.

Quae pro jure *Caesareo* allegari possunt argumenta, aut ex jure *Romano*, aut *Germanico* repetuntur. Illa in aequiparatione *statuum* cum *praesidibus provincia*, a qua nec ipse Carpzovius alienus fuit, fundantur, sed responsione vix indigent. Haec, quae majorem speciem prae se ferunt, non ita pridem concessit Feustel *de jur. monet.* Potissimum argumentum tum in constante imperii *praxi* latet, qua status ipsimet hoc regale, tanquam ex *beneficio Caesareo* dependens, toties vel professi sunt, vel hucusque ab eo acquirere multis modis curarunt, tum in A. B. quae illud, tanquam jus singulare, solis *Electoribus* addixit. Sed uti posteriori obstat, quod A. B. non tam *novum* jus Electoribus tribuerit, quam *vetus* confirmaverit, ut ex professo docuit a Ludewig. *ad Aur. Bull. T.* II. *p.* 886. ita prioris imbecillitas mox in oculos incurrit, si perpendimus, *ignorantiam* anteriorum temporum, et praejudicium juris *romani*, statusque *Monarchici*, *quod* in aulis principum officiales pariter, ac ministros occupaverat, et inter densissimas tenebras eos induxerat, ut multa dominis suis persuaderent,

quae juribus eorum quam maxime officerent. Hinc *necessitatem* concessionis Caesareae quaerebant, ubi ea opus non erat, ut ex tot exemplis Codicillorum, a Caesare super variis manifestis *suprematus* juribus impetratorum apparet. Quanto rectius contrariam sententiam sustinuit, et hoc regale partem *superioritatis* territorialis, non vero merum *imperatoris* jus esse evicit *de* Ludewig *ad A. B.* quem secutus de Westphalen *de sacro et libero p.* 186. et novissime Joh. Philip. Carrach *de reg. cudend. monet. ex superior, territor. et non ex privilegio imperial. compet.* Certe *exempla* non faciunt *jus*, nec factum *unius* alterinsve Principis, juribus *communibus* statuum officere potest. Qualiacumque demum *largitionis* Caesareae monumenta prostant, vel ad tempora *Carolingorum* despotica, vel si recentiorum temporum sunt, ad *clericos*, quorum superioritas *adscititia*, non *nativa* est, aut ad *domicellos* pertinent, aut privilegia sunt, hoc solo fine, ut eo *uberiorem usum* acciperent nummi, et per *totum* imperium valerent, a Caesare impetrata. Henricum Leonem in ditionibus suis *suo jure* istam superioritatis particulam exercuisse, ex historia apparet. Idem de principibus *Megapolitanis* probat de Westphalen. *c. l.* Non dicam de privilegiis a dominis *territorii* civitatibus *mediatis* super *jure monetandi* concessis, quorum insignem Catalogum texuit Arnisaeus *de jur. majest. Lib.* II. *C.* VII. *N.* VI. et Leuber *de stapul. Magdeburg. p.* 1017. Paulini *Annal Isenacenses ad annum* MXVII. §. XI. Speciatim privilegium aera feriundi ab Henrico Leone Brunswicensibus concessum exibet Leibnitz *T.* II. *rer. Brunsw. p.* 610. Aliud ejusdem beneficio Lubecensibus acquisitum habes apud Helmoldum *Lib.* I. *cap.* LXXXV. *p.* 197 quod, tantum abfuit, ut Caesares juri *suo* derogare existimaverint, ut potius illa privilegia auxerint, novis *accessionibus* et *firmamentis*, per totum imperium valituris. Et quum civitates, non salutato *Imperatore*, hoc modo jus monetas cudendi solis codicillis dominorum *territorialium* insequutae fuerint, indubiam inde nectere licet conclusionem, illud *territorio* cohaesisse, quum alioquin, si ex sola *Caesaris* largitione pependisset, et ipsi principes non alio, quam hoc titulo illud exercuissent, id aliis denuo conferre non potuissent. De jure *hodierno* res eo minus dubia, postquam plenitudo superioritatis legibus *recentioribus* firmata, jus *commerciorum*, a quo unice nummus pendet, sine dubio comprehendit, ut mirum sit, qui fieri potuerit, ut Carolus V. pro monumento juris Caesarei posteris conservando, non nisi suam *effigiem* in monetis imperii, a statibus cudendis, exprimi voluerit, idque Ferdinandus I. *Edicto monetario de Anno* MDLIX. §. X. inseri curaverit, variasque Statuum quorundam monetas ideo quod absque *Aquila bicipite*, et *insignibus* imperialibus cusae proscripserit. Spener *Jur. publ. Lib.* IV. *C.* VI. §. III. *lit. c.* cui tamen mascule se opposuerunt ordines, pristinae libertatis memores, praeeunte Alberto *Marchione Brandenburgico* v. Hortleder *von Uhrsachen des teutschen Krieges Lib.* V. *C.* V. *N.* XII. Ita moneta quocumque demum jure cusa, *eadem* est ratio

utilitatis publicae omni *communis*, nec huic, quam concessio *imperialis* firmavit, si a valore per *totum* imperium recesseris, *singulare* quid cohaeret, quod adulterationem, ejusque poenam praetextu majestatis *Caesarea* intendere posset. Et tamen ne nostris quidem temporibus idea desit, quam sibi ex *imagine* imperatoris, vel *subscriptione*, quod auctoritate *imperatoris* causa, formant, et nescio, quo consilio, monetam hanc non *statuum* sed ipsius *imperatoris* perquam ridicule professi sunt *Vol.* I. *Consil. Altorff. Cons.* LXXVI. *N.* VII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XLIII. N. 23.

Cusio monetae bonae extraordinem vindicatur Ziglero dica scribitur.

Quum jus monetandi sit summum regale majestaticum, non potest non is majestatem violare, qui etiam bonam monetam, sed sine facultate sibi concessa, cudit. Quae autem poena eum sequatur, jus romanum non clare determinavit, quippe quod de moneta quoad *materiam* falsa tantum disponit. Magis huc collimare videntur verba cit. art. CXI. *Welcher aber der Münze ibre rechte Schwere gefährlicher Weiste benimmt, oder auch ohne habende Freyheit münzet, der soll gefänglich eingelegt und nach Rath an Leib oder Guth nach Gestat der Sachen gestraffet werden.* En! poenam arbitrariam non tam *falso* nocivo, quam usurpationi *jurium* majestaticorum scriptam? Unde dubito, an ad *capitalem* extendi possit, quemadmodum quidem existimavit Zigler c. I. §. XXXIX. Nam verba *an Leib oder Guth* satis aperte ultimum supplicium excludunt, modumque interpretandi Carolinam suppeditant, quae talem poenam, ubi illa non *speciatim* constituta, clarissime profligavit *art.* CIV. *C. C. C.* Neque movent, quae de *hostili* animo, et *innovandi* status publici studio profert Zigler, quum illa demum novitas, quae *vinculo* reipublicae repugnat, exitiosa sit, non quae *salvo nexu* commerciis tantum *incommodum* conciliat, qualem talis, de qua hic agitur procusio, continet.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XLIII. N. 30.

Rigor imperialem monetam depravantibus proprius.

Recte ita sentit Auctor, cujus sententiae nil quicquam decedit, sive quis *imperatorium* caracterem, sive alterius cujusdam *principis* imperii impresserit, quia ad poenam sufficit, quod cusa moneta secundum verba legum: *ohne habende Freiheit.* Eadem quoque ratio tum militat, si extranei Principis caracterem quis *bonae* monetae impresserit, etsi inficiari nequeam, tum ob deficientem laesae *majestatis* notam remissiori gradu eum peccare, poenamque leviorem sufficere. Menoch. *A. J. Q. cons.* CCCXVI. *N.* XLIII.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XLIII. N. 32.

Rasura commerciis inimica. Hodie arbitrarie coercetur, nisi saepius iterata.

Fluctus in simplo monere videtur Zigler. §. XXXVI. dum eos, qui radunt, aut excindunt nummos a principe cusos in leges *nummarias* quidem peccasse, non vero jus quod majestati competit violasse, contra Ant. Mathaeum *cit. l. C.* V. *N.* VII. defendere conatur. Nam haec non est minima particula juris majestatici, ut, quae unice commercia moderatur, pecuniae, ejusque justi valoris curam habeat neque ullam, quae huic nociva esse potest, depravationem admittat. Ambitus ejus late patet, nec sola facultate *cudendi* absolvitur, sed consistit in potestate jam cusam *conservandi*, extraneam *recipiendi*, ejusque *valorem* determinandi, denique leges *nummarias* custodiendi. Non origo, non signum aeri impressum *valorem* tribuit, aut conservat, sed sola *vox superioris*, quem penes est arbitrium, mensuram quae res ad aequalitatem redigit, constituendi. Idem quoque de *integritate* dicendum, quae tanto magis jus et officium summi imperantis afficit, quanto facilius, quae omnium manibus teruntur, numismata, corruptioni, ipsa civitas vero irreparabili damno, dissimulata tali machinatione, obnoxia est. Unde, nescio, an non detrimentum civitati ex lacerata moneta imminens multo gravius sit, quam quod *imitatio* monetae producit, et an *curae* supremae principis per illam minor quam per hanc fraus fiat? Quod certissimum argumentum est, verbis ludi, non vero concludentem rationem allegari, qua violationi jurium majestaticorum per corruptionem monetae publice signatae quicquam decederet, imo tale falsum hic committi, quod in *notabile* salutis publicae detrimentum vergit. Convicisse hanc veritatem romanos supplicium *atrox* testatur, quod contra *radentes, circumcidentes*, aut quoquomodo *attenuantes* proponitur in *l.* 8. *ad l. corn. de fals.* cui non multo dissimilis est poena *capitalis* iis praescripta, qui fraudibus variis *aeternales vultus* violare, vel *mensuram circuli exterioris adrodere* tentant *l. un C. Theod. si quis solidi circul*. Quid? quod poena capitalis, vel corporalis, vel pecuniaria proposita in *Edict. monet de Anno* MDLIX. §. CLXI. Sed hanc severitatem antiquavit *Carolina*, in qua legislator *arbitrariam* sufficere duxit, licet jus *Susatense Palatinum* ac *Badense* suo modo rigorem capitalis supplicii agnoverint, teste Engavio *c. l.* §. XXV. Praxis vero relegationem constituit Stryck. *V. M. ad l. corn. de fals.* §. VI. cui temere non contradixerim, si semel, vel in paucis nummismatibus peccatum. Sin *saepius* crimen iteratum, non video qua ratione a *corporali* supplicio recedendum sit, quod ipsa verba *an Leib* suadere videntur, et ex jure *Saxonico, Borussico, Hamburgensi, Mulhusano, Dithmarsico, Luneburgico* illustrat Engau *c. l.* §. XXIV. Illud enim leve, quod rasura in oculos concurrat, et sic

accipientes propria *culpa* laedantur, quandoquidem hoc ipso *adulterantis* facto improbo nil quicquam decedit, nec publica laesio, dum depravata pecunia pedentim serpit et incrementa capit nec postea sine magna difficultate proscribi potest, compensatur.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XLIII. N. 52.

Reflatio pecuniae civitati noxia. Olim severis poenis coercita. Hodie extra societatem criminis cum fabricantibus contractam non capitalis est. Aurifabris quando permissa? Non usus confiscationis bonorum.

Sunt, qui *reflationem* nummorum ex praetenso singulorum *dominio* privato defendunt, nihilque doli in ea latitare somniat. Confundunt manifeste materiam, ipsaque *metalla*, cum *nummo*, cui *character* publicus impressus. Hoc simul ac factum definit materia ratione impositae aestimationis arbitrio *privatorum* subesse, et a sola *publica* definitione pendere incipit. Unde non tantum jus supremum *regium* violat, qui hoc modo pecuniam destruit, sed simul *rempublicam*, cui commercii instrumentum intervertit, gravissime laedit. An autem propterea ad *ignis* poenam confugiendum sit, alia quaestio est. Placuit illa quondam Ferdinando *c. l.* §. CLXIX. contra *das granaliren, Hornen, Saigern, und andere dergleichen Handlungen* nec forsan sine ratione, si tempora perpendo, quibus nummis non abundabat Germania, qui autem percurrebant provincias, ob bonitatem ejus indolis erant, ut sine manifesta commercii attenuatione promiscue e medio tolli non possent. Hae rationes autem hodie, ubi insignis pecuniae copia, nec praesens bonitas, aeroso hoc saeculo, *veteri* aequipollet, consequenter damnum ex ejus suppressione in rempublicam redundans non adeo notabile est, cessant, adeoque rigor per se concidit, ceu fatetur Froelich *c. l.* N. XIV. Accedit *rarissimus* vivicomburii in ipsa monetae illicita *imitatione*, quae longe gravius delictum est, usus, a quo, ut in nostra specie, multo leviori, recedatur, nulla ratio prostat. Et si vel maxime peculiares circumstantiae concurrunt, ex ratione *granalationis* nil, quod positis rationibus allatis rigorem sustineret, peti potest, quanquam Scabini Lipsienses apud Hoffmann *im Muntz-Schlussel. p.* 330. et Hallenses apud Fritschium *T.* I. *Cons.* LVI. eis, qui ejusmodi imposturam saepius exercuerant, ad rogum damnaverint, quod etiam suo modo probat Stryck *de temerat. monet.* §. XI. et solam arbitrariam ad regulam refert. Satius mihi videor casus *ita* distinxisse 1) Quoties granalarii cum fabricantibus *societatem* criminis contraxerunt, iis haec confusa suggesserunt, et hoc modo tum fabricam, tum expensionem promoverunt, *legis* severitatem utique sustinent, sed non tam ob ejusmodi attentationem, quam ob *collusionem* intercedentem, quae sola cum *cusione* conjuncta, ad rigorem sufficit, ceu supra evici ut tamen, quia poena arbitraria hic regulariter obti-

net, extensio *gladii* poenam vix egrediatur Kress. *c. l.* §. X. *N.* I. *inf.* II. Extra societatem, ob granalationem, poenam excedi non facile posse, vel sola *Carolina* testatur, cujus verba, *am Leib oder Guth*, jus vetus prorsus antiquarunt. Unde Kress. *c. l.* confiscationem auri argentive, lucri caussa granalati cum poena carceris hic conjungit. In genere videndum, utrum a reo *lucri* causa, an in *artis* suae, vel rei *familiaris* usum nummi in grana reducti? ibi ad *corporis* afflictivam, non vero, ut Stryck. *c. l.* putat, ad *vitae* amissionem extendi potest; hic vero *levior* obtinet. Multum quoque intererit, utrum granalatio in moneta *imperiali* an *extranea* usurpata? Quarum prior posteriorem vincit. Denique ipsa monetae *qualitas* non negligenda, qua remissiorem poenae gradum in *devalvata* multo magis suadet, quanto certius est, ipsas leges veteres multum hic remisisse, ut ex §. CLXXI. *Edicti* Ferdinandi apparet Stryck. *c. l.* §. XIII. Quod *aurifabros* in specie attinet, iis in usus suos monetas vertere non aliter permissum, quam si 1) copia auri, argentive deficit, 2) si praescitus magistratus accedit per §. CLXXII. *cit. Edict.* Complementi loco occasione *confiscationis aedium* ad falsam monetam commodatarum observo a) imperatorem mitiorem fuisse Constantino, qui etiam *ignorantis* domini, si in proximo is constitutus est, aedes fisco addixerat b) bonorum *confiscationem*, quam quidam hic comminiscuntur, fundatam non esse. Berg. *Oecon jur. p.* 840. Saltem leges imperii, quoties poenam *an Leib oder Guth* determinant, vel de *aeruscatoribus* accipiendas, vel ad *pecuniariam* poenam restringendas, vel de *monetariis* intelligendas esse, non sine veritatis specie docuit Kress. *ad cit. art.* §. XII. Et, dum in quaestione de confiscatione solius aedificii *cit. art.* mentio sit, illa quoad alia bona *tacite* exclusa fuit. Praxis quoque ea in re certa est, et confiscationem, uti alibi, ita hic prorsus ignorat. Menoch. *Cons.* DCLXX. *N.* XXXII. Brunn. *ad l.* 2. *C. de fals. monet. Cons. Aetorf. T.* II. *N.* XXXVII. *N.* XIV. Hoc posito lis mere inanis est, utrum confiscatio *ipso jure* locum habeat, an *sententia* privatoria demum inducatur, tametsi eam moveat Granz. *P.* II. *p.* 413. *N.* XIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLIV. N. 44.

Haereseos nulla poena. Doctrina Wernheri examinatur. Haeretificina merito culpanda.

Non opus est, ut operose de crimine *haereseos* agam aut in poenas inquiram, quibus illud coercendum. Recta ratio, ejusque cultura, felici successu recentioribus temporibus rem extra dubium collocavit, ut vix ac ne vix quidem in foro *criminali* de horce praetenso reatu quicquam audiatur. Quotquot post Thomasium in *dissert. an haeresis sit crimen?* de haeresi scripserunt, fateri coguntur, eam in *errore* circa capitales *articulos fidei* Christianae versari, Leys. ad ff. MDLXVI. *Med.* II. errorem in *in-*

tellectu, non in *voluntate* esse, intellectum qua talem nec *cogi*, nec *legibus*, poenisque subjici posse, nes sensuales *necessarios* esse, nec ab arbitrio hominis pendere, sine *voluntate* nec *imputationem*, nec *reatum* nec *poenam* consistere, errorem intellectus *rationibus*, ac convictionibus emendari, non *poenis*, *voluntarium* errorem *contradictionem* involvere, nilque magis absurdum esse quam *pertinaciam* alicui affingere, antequam de veritate *convictus* est, paucis: *corpus delicti*, de quo in criminalibus ante omnia sollicitus esse debet judex, in haeresi prorsus exulare, et ad summum haeresin, *peccato in Deum commisso*, absolvi. Quae cum ita sint convenientius est, haeresin e jurisprudentia criminali relegare, quam operam inanem indagationi, an, et qua poena afficienda sit? impendere. Ipse Carolus V. nobis ea in re praeivit, qui tametsi constitutionem *criminalem* ex Bambergensi pene descripsit, tamen *art.* CXXX. *von Straff der Ketzerey* prorsus omisit, nec quidquam asperius contra haereticos constituit. Pudeat ergo Carpzovium *N.* XXX. qui magis sectam Orthodoxorum sequi, et horum auctoritate, si non capitalem, tamen *exilii* poenam comminisci voluit. Ex professo contra eumdem eum in finem calamum strinxit Wernher *de cerebr. conc. corp. delict.* totusque in eo fuit, ut ob *corporis delicti* defectum omnem reatum, inquisitionem, et coercitionem proscriberet, praeterquam si 1) *seditio* vel blasphemia cum ea concurrit, 2) de *disseminata* contra legis prohibitionem doctrina publica 3) vel de *contumacia sacra* orthodoxorum delinquentium constiterit, quibus casibus a vindicta *publica* non adeo aliena videtur. Sed vereor, ne ita incidamus in praejudicia, unde saniora principia rectae rationis nos liberarunt. Fucus est, quem in *adjunctione* aliorum criminum, quaerit cit. Auctor. Horum conjunctio cum haeresi est mere *accidentalis* poenaque, quae alterutrum sequitur *eadem* est, sive haeresis is cohaereat, sive non, adeoque absurdum poenam *haereseos* comminisci, ubi non hujus, sed cohaerentis facti illiciti unice ratio habetur. Docent hoc, facta *Anabaptistarum*, quibus non tam ob perversam doctrinam, sed *motus* ac *seditiones* capitalem poenam quondam leges imperii minatae sunt. *Rec. Imp. de Anno* MDXXIX. §. VI. MDXXXV. MDXLIV. MDLI. In specie quod de *Blasphemiae* concursu allegat Wernherus, admodum suspectum est, et semper praetextum poenae publicae suppeditare posset, si simpliciter admitteretur. Alia enim est *Blasphemia* in sensu *Theologico*, alia in sensu *juridico* ac forensi. Haec *dolo* constat et crimen constituit: illa solo *errore* intellectus absolvitur, prava voluntate autem destituitur. Sive ergo ad hanc, sive ad illam delapsus fueris, nihil efficies, ad producendum momentum pro *corpore delicti* haeresi adsuendo. De priori si constiterit, res clara est, posterior autem quam *diversae* religionis consortes communiter sibi opponere solent, nil continet, quod poenam publicam spirare posset. Majorem speciem habet temeraria *disseminatio*; verum ne haec quidem adeo culpanda, sed quia secundum veram cujusque de

veritate rei persuasionem fit, et sic speciem, qua *excusatius* peccatur prae se fert, ad summum *emigratione* impedienda. Denique corpus delicti, quod in *contumacia* eorum, qui sacris orthodoxorum interesse nolunt, quaerit, horreo, et ipsum hunc modum convertendi ad *haeretificinam* refero, ab homine, cujus de meliore luto intellectus formatus est, cane et angue pejus cavendum. Plenior est dica, quam ea in re WERNHERO scripsit B. PARENS *Jur. Eccl. L.* V. *Tit.* VII. §. CLXIV. Aptiorem inter crimina meretur locum *haeretificina* quae in complexu fraudis, calumniae ac injuriae consistit et praetextu *orthodoxiae* ad persequutionem ac contumeliam tendit eorum, qui ex religione probata in quaestionibus *historicis*, *problematicis*, *philosophicis* ac clero majori dissentiunt, notabili malo expianda, docente Eodem *c.* I. §. CCXXV.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XLIV. N. 54.

Turbatio sacrorum quando capitalis sit?

Crimen *turbatorum sacrorum* non tam ex vi loco sacro, vel clericis illata, quam injuria in *religionem*, quae culto divino et liturgia exercetur commissa, aestimandum. Extra coitum usumque *sacrorum*, vis loco, vel etiam clericis illata *publica* quidem est, ad *sacrilegium* refertur, et tanquam *atrox* injuria arbitrarie coercetur; sed pro turbatione sacrorum haberi nequit, quae, ut *sacra sistantur*, ac impediantur, supponit, et, quia cum animo *irreligioso*, ac injuria obliqua erga *Deum* conjungitur, longe graviorem reatum constituit. Etsi vero cultus divini interceptio ad essentiam turbationis sacrorum pertineat, non tamen existimandum, eam ideo *uniformem* esse, et sic semper ad easdem regulas exigi B. PARENS *Jur. Parochial. sect.* IV. *c.* I. §. VII. potest quis per criminationem ingentes turbas inter sacra excitare: potest concionatari obloquendo, vel ad jurgia, rixasque procedendo, tumultum ciere: potest denique sacra facienti pastori manus injicere, aut alio modo irreligiosum animum erga sacramenta eorumque dispensationem ostendere, qui casus, licet gradibus differant, in eo tamen conveniunt, quod quietum *religionis exercitium* impediant. Olim ex lege ARCADII et HONORII enim in *l.* 20. *C. de episc. et cler.* non modo sola vis sacerdotibus, locoque sacro illata, verum omnis sacrorum turbatio peraeque *capitali* supplicis vindicata, quod etiam a MARCIANO repetitum, quoad omnes qui in pacem externam cultus divini injurii sunt *l.* 5. *C. de his qui ad eccles. confug.* Temperavit postea rigorem JULIANUS *Nov.* CXXIII. §. XXXI et solam *loco* injuriam illatam distinxit ab ea, quae cum *ministerii* sacri gravi turbatione conjuncta, atque huic demum *capitis* poenam praescripsit, si ea requisita, quorum Auctor. *N.* LII. mentionem facit, concurrunt. His cessantibus, etsi seditiosa obloquutio, vel atrox jurgium fuerit, in poena mere *arbitraria* subsistendum. Conf. AUCTOR *in Jurisprud. consist. Lib.* III. *def.* XCV. *N.* I. et *def.*

forens. P. IV. *C.* I. *def.* XII. LEYSER *ad ff. Sp.* DXLIII. *Med.* IX. Quo etiam notabilem speciem apud LEYSERUM *Sp.* DCXX. *Med.* XVIII. refero, ubi ob *rusticitatem* et religionis exsuperantiam turbatoribus venia data.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLV. N. 19.

Definitio blasphemiae. Pura an conditionata sit, non interest. Species variae.

Quid sit *Blasphemia*, nec Auctor, ut decebat exposuit, nec satis accurate ab omnibus peraeque definitum. Opus tamen est, ut in eo conveniamus, quia non cognitis finibus, et vera delicti *natura*, de *poena* certum quid statui nequit. STEPHANI eam per *majestatis divinae laesionem* definit, quod si verum, non potest non omne peccatum comprehendere, et ad quaevis verba *obscoena* et *probrosa*, in privatum concepta, pertinere, quia utraque species talem violationem continet quod tamen falsum, quandoquidem *peccatum* latius patet, nec omnino convenit casibus specialioribus in *art.* CVI. propositis, verba *obscoena* autem, et *execrationes* in ipsis legibus blasphemiae contradistinguuntur. vid. R.J. MDLXXVII. *Tit.* V. *Ob es eine Gotteslasterung oder Fluchen und Schweren.* Proprius rem tangunt, qui exemplo FROELICHII *P.* II. *Lib.* I. *Tit.* II. *N.* II. *convicium in Deum* huc referunt, quod verba divinae majestati injuriosa continet, et omnino respondet expositioni Carolinae. Sed neque id exhaurit conceptum ejus quum animus iste irreligiosus, et *factis* demonstrari possit, haec autem aeque ac verba signa perversae ac impiae voluntatis repraesentent. In eo omnes conveniunt, blasphemiae semper *contumeliosum* quid inesse, quo non tantum peccatur, verum contemtus et vilipendentia, quibus injuria stricte dicta constat, insignis ostenditur. Unde rectius definitur per *injuriam dolo malo in divinam majestatem commissam.* Consequenter omnia huc merito trahuntur, quae notio *injuriae* in genere suppeditat. Videlicet injuria *verbis* non tantum infertur verum etiam *factis:* idem quoque de Blasphemia verum, quam utique committunt, qui imaginem Christi ad crucem sputo, vel spurcitie maculant. THEOD. *coll. crim. p.* 682. vel famosis picturis majestatem divinam vilipendent. ENGAV. *de Blasphemia* §. XVIII. vel hostiam in sacra coena ignominiosae tractant LEYS. *Sp.* DLXV. *Med.* XIII. Porro, uti injuria *directo* et *oblique* alteri infertur; ita simile judicium de Blasphemia ferendum DOEPLER. *p.* 946. Denique uti *gradibus* differt injuria, et altera modo gravior, modo levior est; ita et Blasphemiae gradus dantur, ut ex variis speciebus ac poenis ab Auctore propositis apparet. Hoc amplius, injuria etiam verbis *conditionatis* evomitur, quibus aeque ac puris *contemtus* ac *animi malitia* cohaeret. Quid ergo dubitandum, quin blasphemia *conditionata* poenis ordinariis subjicienda sit? Et tamen ea de re dubitare videtur BLUMLACHER *ad Art.* CVI. *C. C. C. N.* XII. quasi ita ver-

ba proscoena non absolute ac simpliciter prolata, et sic indulgentior judex esse debeat. Sed in alia omnia iverunt FROELICH. *c. l. N.* VI. LEYS. *c. l. Med.* XVII. et veritatem hujus sententiae memorabili exemplo illustrat BERG. *El. cr. P.* I. *Suppl. p.* 117. Speciatim verbalem blasphemiam *tribus* modis committi docet *art.* CVI. *C. C. C.* 1) si quis cum idea et *conceptu* divinae majestatis pugnantia profert, Deo tripudium, saltationem, et similia imperfectionis specimina tribuit II) si *attributa* ei propria negat sive hoc fiat directo, sive per consequentiam, quod faciunt, qui quod Deo tribuendum, tribuunt entibus *finitis*, et sic derogant, detrahuntque majestati Dei, quod alias ipsi *soli* competit. Neque enim opus est, novam speciem in hoc casu cum ROMANO *de Blasphemia c. l. Th.* XXII. fingere et prioribus contradistinguere, ceu dudum observavit TENZEL *de Blasphemia* §. VIII. Denique III.) si *conviciis*, ac *contumelioso* sermone quis Deum proscindit. Posterior species KAT' ECSECHEN injuriam involvit, nihilominus tamen haec prioribus peraeque inest, quum illa sine vilipendentia ne cogitari quidem possint.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XLV. N. 30.

Blasphemiae immediatae poena est capitalis, mediatae non capitalis.

Circa poenam blasphemiae judex ad jus *romanum* et *ordinationes imperii* remittitur. Illud satis clarum est, nec interprete indiget. Hae non aeque definitionem extra controversiam collocant, sed Blasphemiae quantumvis *immediatae* modo *capitalem*, *modo corporalem*, *modo pecuniariam* poenam propriam faciunt. Ne quidem *R. J. An.* MDXXX. paulo ante *Carolinam* publicatus *simpliciter* ultimum supplicium definivit, sed *alternative* loquitur *am Leib. oder Benehmung etlicher Glieder*, et varios gradus determinat, secundum quos *prima* vice delinquentes carcere, *altera*, bonorum jactura, et *tertia*, denique, supra dicto rigore coercendi. Multo minus incertitudini subvenit *Carolina* quin potius eamdem cantilenam cantat cum *Rec. Imp. Anno* MDXLVIII. MDLXXVII. et corporalem poenam cum capitali conjungit. Hinc factum ut nonnulli circa poenam capitalem haesitare, imo praxin ejusdem in dubium vocare coeperint RITTERSH. *ad N.* LXXVII. quemadmodum BRUNNEM. *Jur. eccles. Lib.* II. *C.* XVIII. §. LVII. de rariori animadversione, et longe variori poenae *ordinariae* inflictione dudum conquestus est. Sit, ut sit, negligentia judicum et desidia Doctorum jus immutare nequit. Fac, illud non satis determinatum esse, nec distincte conditiones, quibus adstringendum capitale supplicium, explicare, in eo tamen conspirant ordinationes Imperii quod ob *immediatam* poena *capitalis* locum sibi vindicet, cujus praxin tot praejudicia illustrant apud STRYCK. et BRUNNEMAN *c. l.* GRASS. *collat. jur. cum. R. J. p.* 739. WERNH. *p.* VIII. *Obs.* CCCXXXII. LEYSER. *c. l. Med.* XXX. KRESS. *ad art.* CVI. *C. C. C.* §. III. licet haec ipsa poena apud *Bavaros* et *Tyrolenses*

majoribus difficultatibus subjecta sit, Froel. *P.* II. *p.* 12.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XLV. N. 23.

Execrationis differentia a blasphemia.

Qui maledicit vel imprecationibus utitur, dira denunciat: quod quum non ex amore, sed odio proficiscatur, injuriam sapiat, necesse est. Atqui ea demum injuria, quae contra *Deum* eructatur, *Blasphemia* est, quae huc non dirigitur, nec eumdem ullo modo afficit, inconsideratus, et *irreligiosus* sermo quidem dicitur, nihil autem cum blasphemia commune habet. Par ratio est *imprecationis*. Datur, quae solo *obscoeno* ac scelerato sermone absolvitur. Datur e contra, a qua *divinae majestatis* despectus separari nequit. Prioris generis est sermo, quo quis capiti suo dira imprecatur: *ihm solle der Teuffel hohlen* vel votum, proh dolor! hodie commune emittit, ut alter *mala tempestate* pereat, Wildvogel *de eo quod justum circa tempest.* Vice versa personant saepe execrationes, quae effutiuntur, et eructantur in Deum *directo* vel *obliquo* sermone. Uterque Blasphemiam involvit, ille *immediatam*, hic *mediatam*, quorsum refero speciem relatam a Thoennickero *advoc. prud. in for. crim. p.* 15. dum foemina alteri imprecata erat, *dass ihr das Abendmahl im Munde zur Krote werden solte.* Eadem videtur vox legum esse. Nam in *R. J. A.* MDXXX. Blasphemi dicuntur *die Gott seine auserwahlte Mutter, und alle Heilige lastern, oder bey ihrem Nahmen fluchen oder schweren.* In *R. J. An.* MDLXXVII. *Tit.* III. §. III. Gottes-Flucher *und Flucher* vocantur. Contra in *Rec. Imp. An.* MDLXXVII. *Tit.* V. Blasphemiae execratio distinguitur *ob es eine Gotteslasterung, oder fluchen und schweren.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XLV. N. 56.

Blasphemia in sensu theologico et forensi. Blasphemia judaeorum.

Supra jam distinxi inter Blasphemiam in sensu *Theologico* et *forensi.* Illa, tantum abest, ut crimen constituat, ut potius ad solum errorem intellectus in deviatione ab articulis fidei *orthodoxae*, vel *publice* probatae redeat, ex *falsa* persuasione oriatur, et ad *intellectus* errorem pertineat. Haec semper *dolum*, voluntatemque depravatam supponit, quae sine convictione de falsitate, et injustitia ejus, quod quis loquutus est, concipi nequit. Peucero ob haereses carceribus incluso blasphemiam objectam fuisse ab adversariis *weil er dem Herrn Christo nach seiner Menscheit die Almachtigkeit entziehet* ex annalibus, et testamento *Melchioris ab Ossen a* Thomasio *edito* apparet. Negabat id Peucerus his verbis: *denn ich glaube und halte von der Person und beyden Naturen in Christo wie die prophetische und apo-*

stolische Schrifften, die heiligen Symbola und die ganze alte Kirche, besonders aber die Vaeter des calcedonischen und ephesinischen Concilii davon geglaubet, gelehret haben, darum wollte ich mich zufrieden lassen mit der Gotteslasterung, denn ich bin kein Blasphemus. Judicabat PEUCERUS secundum *proprium* conceptum de Christo, adeoque tanquam *errans* Blasphemi nomen merebatur in sensu *theologico*, non vero in *forensi*, quia de contraria opinione nondum convictus erat, et sic *dolo* carebat. Non alia est ratio judaeorum. Credunt hi tanta certitudine, Christum non fuisse *Messiam*, quanta Christiani *contrarium* tuentur. Dum ergo secundum suum conceptum de Christo perverse loquuntur, scribuntque, errant, peccantque in sensu theologico, *crimen* autem *blasphemiae* haud committunt, quia perversa voluntate ob defectum verae *persuasionis* destituuntur. Primum est juris principium, quod omne delictum ex *animo* aestimetur, nec sine maligna intentione committatur. Quis vero eum in praesenti casu, similibusque, adesse probaturus est, in quibus sola *conscientia*, veritatisque fiducia dirigit actionem ejus, qui quod vere credit, manifestat. Modesta itaque professio doctrinae religionis *judaicae*, judaeos, quoties tolerantur in nullnm *reatum* conjicit. Aliud dicendum quoties huic cohaeret *seditio*, vel *maledictio* Christo facta. Illa enim quia vinculum reipublicae attentat, veniam prorsus non meretur, praesertim in gente judaica, quae ex mera *gratia* toleratur. Haec non minus, quam aliud quodvis scandalosum et quod ipsa propalatio infamat, poenam meretur, non quidem quae *blasphemiae*, sed quae *calumniae* injuriaeve respondet, fatente TITIO *Probe des geistl. Rechtes Lib.* III. *P.* V. §. XXVI. Quumque haec arbitraria sit, ad asperiorem ne quidem contra maledicentes judaeos provolandum nisi ipsis tempore *receptionis*, ceu ut plurimum fit, haec lex scripta, ut quoties de maledictione in Christum convicti fuerint, perinde ac *veri* blasphematores poenam experiri teneantur. Tunc enim, cum ex lege receptionis, tum ex prava inobedientia erga superiores coercitione *publica* utique digni sunt. Quas Auctor hanc in rem pro sua sententia defendenda leges imperii allegat, non moror. Sunt enim ex earum numero, quae in judaeos *bona fide* errantes, ob manifestam diversitatis rationem non cadunt. Quae hoc casu circa ejectionem et exilium judaeorum justa sunt, tractat B. PARENS *Jur. eccles. T.* V. *Lib.* V. *Tit.* VI. §. XXXV. B.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XLV. N. 64.

Sermo blasphemus repentinus venia dignus. Limites hujus doctrinae. Poenitentia in continenti declarata.

Vix crimen existit, cui, ob *affectuum* vehementiam, minuendo non succurrerent, cum *recta ratio*, tum leges *positivae*, quia haec *imbecillitatis* humanae nota est, calore iracundiae super rebus molestis inflammari, et in eam conditionem redigi,

quae ab animo deliberato longissime abest. Multo magis autem hoc in injuriis blasphemis verum est, quae *lubrico* linguae, et *inconsultis* locutionibus maximam partem debentur, raro ex consulto ac praedeliberato consilio perpetrantur. Etiam a modestissimis, et alioquin religiosis subinde eructantur verba Deo indigna, quoties *improvisum fatum* acerbissimum dolorem procuravit, quos ad rigorem legis exigere velle, duriusculum, ne dicam ab omni *humanitatis* ratione alienum. Quae malitiose geruntur, et diu multumque in mente *praeparantur*, antequam in *actum* externum erumpant, iis vix poenae sufficiunt, quia tunc animi *improbitas* vere parit, nutrit, ac producit ejusmodi partus monstrosos. Eorum vero, quae *repentinus affectus* parturit, etsi probrosa fuerint, excusatior est commissio, et remissior vindicta, quia magis *facto* physico, quam *mente* perpetrantur, magis *scandalosa*, quam *improba* sunt. In horum numero utique est *blasphemi* sermonis propalatio, quoties rei *molestae* cogitatio eam praecessit. Necesse tamen est, ut 1.) *justa causa* effervescentis affectuum caloris et 2.) mentis vera *alienatio* concurrat. Utrumque momentum requirit Auctor *N.* LXII. et ego supra, occasione homicidii eo animi statu commissi, quantum satis proposui, cui in praesenti hoc addo, eam tantum *iracundiam* veniam mereri, quae ex rebus oritur, quae nos circumstant, non quae sola indignatione erga *Deum* scelerate concipitur cui nulla prorsus probabilis ratio suffragatur. Denique 3.) momentum *temporis*, quo iracundiae plenus blasphemavit, omittere non debuisset Auctor, ut non ineleganter observat Leys. *Spec.* DLXV. *Med.* XXVIII. Multum enim interest, utrum medio, quasi aestu et obsesso rationis exercitio an hoc post defervescentem calorem, quodammodo restituto, impia verba proferuntur. Illo casu indulgentia non tantum probanda, verum commendanda, hoc non item, maxime si sedato animo post temporis *intervallum* blasphemus sermo continuatur. Nam quanto *acriores* sunt stimuli, quos primi motus injiciunt, tanto *liberiores*, et *cohibitioni* aptiores sunt ii, qui cum animo sedato velut maturescunt. Idem judicium esto, si *desperatio*, animique inconstantia ob graviorem *melancholiae* gradum proxima causa scelerati sermonis fuerint, adeo, ut si de delirio constat, magis *misericordiam* movere, quam *vindictam* provocare debeant. Neque aliis principiis opus, quoties de effectu *poenitentiae* in continenti declaratae quaeritur, quae *repentini* motus, et minus deliberati facti certissimum indicium est, et tanto magis *blasphemiam* mitigat, quanto magis ejus in omni injuria, ex cujus principiis blasphemia dijudicanda, ratio habetur.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XLV. N. 74.

Convicia in Mariam Deiparam et Sanctos inter evangelicos arbitrarie coercentur.

Verba obscoena *blasphemo* sermone in *Mariam* et *Sanctos* ejaculari,

pontificii asserunt, atque hoc factum a blasphemia in Deum, non *specie*, sed *gradu* distinguunt, quia eos religiosa adoratione colunt. Nos praeter venerationem iis nil quicquam tribuimus, *numen* inesse negamus, adeoque, in Sanctos directo blasphemiam committi negamus. MATHAEI *Tit.* X *C.* VI. *N.* VII. Interim fundamentum venerationis quoad *Sanctos*, tutelae, in quam Deus eos specialiter recipit, quoad *Mariam*, conditioni, quae illam Deiparam efficit, tribuimus, atque in his nexum quemdam cum Deo quaerimus. De quo dum edocemur et convincimur, impossibile est, abstrahendo ab isto nexu de Maria vel Sanctis judicare; sed nolentes volentes, ubi contumeliose eos perstringimus, in ipsum Deum injurii sumus, quum indignum habere, quem tanto merito Deus dignum judicat, idem sit, ac ludibrio ipsum *Deum* habere. Atque hoc est fundamentum *mediatae* blasphemiae, quae his casibus committitur et inter evangelicos *extra ordinem* coercetur, de qua poena testantur B. PARENS. *Jur. Eccles. Lib.* III. *tit.* XLV. §. *f.* LEYSER. *c. l. M.* VIII. Saltem constitutio carolina, quae ex meris *Papisticis* principiis fluit, nos non ferit, nec aliter quam salvis nostris principiis apud nos usum habet.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XLV. N. 80.

Variae species blasphemiae mediatae.

Mediata Blasphemia dicitur, quae per interpositam rem, personam, quacum singularis Dei nexus intercedit, ad Deum refertur, et sic non *recta via* sed per *consequentiam* ipsi infertur. Talis est, ut paulo antea dixi, qua probrosa verba contra *Mariam* Deiparam ejaculantur. Idem de quavis execratione, quacum nomen *divinum* conjungitur, dicendum. Imprimis huc refero omnis generis scommata, ac procacia verba ad despectum *sacrorum mysteriorum* comparata, quae tanto atrociora sunt, quanto minus absque *improbitatis*, et scelestarum cogitationum compendio eructari possunt. Nam tunc vel sola scandali extraordinarii ratio sufficit ad intensionem vindictae publicae, quae aliquando ad *corporalem*, immo si summo gradu verba obscoena fuerint, suo modo ad *capitalem* extendi potest. Agnoscunt interpretes justitiam extensionis, ob *qualitatem* injuriae *principi*, vel superiori illatae. Cur ergo salva justitia dubitare poterunt, quoties in *divinam* majestatem sponte, improbis verbis quis debachatur? Neque enim ejusmodi carcinomata, quae omni sensu rationis ejurato, jure humano sese indigna reddiderunt, misericordiam merentur. Vide memorabile praejudicium in casu horrendae blasphemiae con-

tra *sanctam coenam* eructatae in *Jurispr. for. P.* IV. *C.* I. *def.* II. *N.* VI.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLVI. N. 37.

Perjuria an in foro Romano poenis subjecta?

Quia CICERO *Lib.* III. *de officiis C.* XXXI. ex legibus. XII. Tabularum refert, majores nullum vinculum ad adstringendam fidem *jurejurando* arctius esse voluisse, legem illam, cujus meminit *Lib.* II. *de LL. perjurii poena divina exitium, humana dedecus esto* ex legibus XII. *Tabul.* mutuatam fuisse, nonnulli contendunt, sed sine fundamento. Dedecus istud enim ad solam notam *censorum* pertinet, quam inflictam fuisse ob malos mores novimus. Nimium stante *republica,* solus *Censor* perjurii cognitor, atque vindex fuit. Ne *Pontificibus* quidem jus coercendi perjuros datum quicquid, KRESS. *ad art.* CVII. *C. C. C.* ex PLAUTO in *Rudente Act.* V. *Scen.* III. colligit. Id enim tantum ad *expiationem* per *Jovem*, non ultionem publicam referendam BERG. *El. proc. execut. in progr. adject. p.* 63. Nulla vero lege perjuros *dedecore* fuisse notatos constat, nec quicquam de eo in *edicto praetoris de his, qui not infam.* reperitur. *Principes* demum subacta republica *poenas* perjuris proposuisse, certum est, non tantum iis, qui per *genium principis* pejeraverant, verum etiam aliis. Sic ARCADIUS eos *infamia* notavit *l.* 41. *C. de transact.* ZENO *dignitate* privavit *l.* 18. *C. de dignit.* JUSTINIANUS vero *legum*, quae perjuria *puniunt*, meminit, quos sequuti JCti, ut ex effato PAULI *l.* 22. *de dol. mal.* apparet, ubi *poena perjurii* mentio fit, certissimo judicio, poenam pejerantium in republica romana non, uti Auctor cum multis aliis sentit, prorsus incognitam fuisse. Quae de *falso testimonio* huc trahuntur, examinavi in *El. jur. crimin. S.* II. §. XLVI. Rem ex antiquitatibus solide ac erudite discussit. CELEB. OTTO *in diss. de perjur. in gen. princip. C.* III.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XLVI. N. 51.

Poenae perjurii restringendae ad juramentum judiciale avisatum et manifestum dolum. Digitorum abscissio in extrajudiciali cessat. Utrum ad perjurium proprii lucri gratia praestitum restringenda?

Quatuor poenas perjurii memorat Imperator in *art.* CIX. *C. C. C.* 1) restitutionem *lucri* pecuniarii, quod perjurio reus captavit 2) *infamiam* juris, 3) *dignitatis* privationem 4) abscissionem *digitorum*, quorum ministerio verba reus concepit. Et prior quidem clara, ut verba textus prae se ferunt. Nec altera temere captanda, quod faciunt, qui vel cum ZIERITZIO eam ad casum *l.* 41. *C. de transact.* referunt et Carolinam ita interpretantur, ut juri *romano* congruat; vel

de *juris* infamia dubitant, meramque *facti* infamiam substituunt. Neque enim Imperatori de casu *speciali* edicere, sed potius regulam *generalem* circa perjuria conficere animus fuit, adeoque romanizant, qui verba ejus generalia contra legislatoris mentem ad solam transactionem restringunt. Taceo ne quidem temeratores transactionis juratae aliter quam in casu manifesti *doli* hanc poenam subire adeoque cumulum exceptionum, quas JCti teste Beyero *ad ff. tit. de transact. pos.* VIII. circumferunt efficere, ut si *art. cit.* ad *cit. l.* 41. restringi deberet usus ejus rarissimus foret. Quod vero de facti infamia proponitur, nullius momenti est, quum *Carolina* constitutio vera lex sit et sic *juris infamiam* inurere possit. Clasen *ad h. art.* quoties hanc notam, prout hic factum, inurit. Tertia est velut consequens prioris poenae quum invicem pugnent, infamia juris laborare, et in officio publico esse. Ultima denique in foro temperatur abscissione *priorum articulorum* Stryck. *V. M. Lib.* XLVIII. *Tit.* X. §. IX. Berger. *El. crim. p.* 24. Hos si reus jam amiserit, aliis digitis non privandus, sed poena potius in *fustigationem* convertenda. Nec aliud si *dolo* ad eludendum supplicium eos sibi abscisserit, obtinet, quia reus ex dolo suo nullum *commodum* sentit quod sufficit, ut alio poenae genere facinus expiare teneatur. Suadet hanc commutationem interpretatio per *aequitatem*, quae in casu *dubio*, nec legibus definito *mitiorem* sententiam praefert Speckhahn *Qu.* LXXXVII. Hartm. Pistor. *obs.* CLXXXVIII. *N.* VI. Manifestam vero duritiem spectaret tanto rei et reipublicae detrimento miserum rebus gerendis, suisque necessitatibus ineptum reddere. Ad applicationem harum poenarum *tria* vulgo requirunt. 1) juramentum *judiciale*, praevia admonitione de perjurio verbis conceptis recitatum. Id enim involvit verbum *ein gelehrter Meyneid* vel uti dicitur in charta apud Penill. de Senckenb. *Select. Hist. T.* II. *p.* 693. *mit gelehrten Werten* Vox. *lehren*, idem est, quod *unterrichten*, *erklahren* cujus usus in juramento *corporali* conceptis verbis erectisque digitis praestito. A *judice*, an a *partibus* delatum fuerit, nil refert, nec enim imperator distinguit, sed in genere de eo quod in *judicio* praestatur, loquitur, nec avisatio uni magis, quam alteri propria est. Equidem Auctor noster sanctionem ad *priorem* speciem restringit, et sic in posteriori persecutionem ejus, quod *interest* excludere videtur, deceptus principiis juris Romani, secundum quae ob concurrentem hic *transactionem* post juramentum praestitum non amplius quaeritur, an *recte* juratum, sed an juratum *l.* 2. *ff. de jurejur. l.* I. *C. de reb. cred.* Sed dudum ab hoc principio recessit Justinianus in specie, quam *l. f. C. de R. C.* exhibet, quem secutus Carolus V. nulla juris romani prorsus mentione facta, denuo id omni judiciali juramento commune esse voluit, ut damnum perjurio datum pensetur. Unde jus hocce *correctorium* agnovit Leyser *spec.* DLXVII. *Med.* XIII. Multo minus *delatio* reliquas poenas excludit, quae ad *publicum* interesse pertinent, et si vel maxime privatum cessaret, locum invenirent. Quamobrem *inquisitionem* hoc casu institutam probat Wernh. *V.*

obs. CXLI. id non facturus si poena corporalis tum exularet. Funestior est poena Tyrolensium, quas ob omne perjurium judiciale abscissionem *linguae* cum *manus* truncatione conjungere, docet Froelich *ad C.C. C. P.* II. *Lib.* I. *Tit.* VI. *N.* II. Aliud de juramentis *extrajudicium* conventionibus adjectis dicendum, sive verbis conceptis, sive formula *an Eides statt* fiant, quia in neutra specie *admonitio* praecedit, aut *judicialis* auctoritas concurrit, ad quas circumstantias rigorem diserte restringit Imperator. Quumque *poenalia* strictam interpretationem requirant, non inique a rigore corporalis poenae recesserunt, et poenam *pecuniariam* aut *carceris* sufficere judicarunt, Beyer *ad art.* CVII. *Pos.* IV. Kress. *eadem* §. I. *N.* I. Praeterea II.) de *dolo* manifeste constare debet. Fatua caussa etiam hic veniam meretur, aut si ullo modo dubium vel litigiosum est an factum, quod reo imputatur, absolute cum juramento pugnet, in *mitiorem* partem inclinandum. Trahit huc juramentum ab *officialibus* sub auspiciis officii praestitum. Kressius quasi contra illud magis culpa, et *imbecillitate*, quam *dolo* peccetur. Plane si bona fide, vel per errorem pejeratum, quod in testimonio dicendo facile fieri potest, omnis poenae ratio cessat III) juramentum *proprii lucri* caussa praestitum desiderant; ad minimum sine hac circumstantia ad *digitorum* abscissionem procedi posse negant, confisi effato imperatoris: *so der zeitlich Guth betrifft*, cui *conditionem* inesse perhibent. Ita cum Auctore sentiunt Lynck. *cent.* II. *dec.* CLXXIX. Kress. et Clasen *c. l.* Froelich. *c. l.* *N.* I. Strecker *de poen. perjur.* §. XV. Extra hanc circumstantiam vero, si vel maxime *ein gelehrter Meyneidt* praecesserit, in *relegatione* subsistunt Pinguizzer *Qu.* XXXIX. *N.* XVIII. Unicus his se opposuit Leyserus et solidis rationibus, praejudicio atrocitatis, quod in abscissione digitorum quaerunt, antea remoto, vulgarem sententiam regulis *bonae interpretationis* repugnare, exinde evicit, quod imperator, dum *regulam* de perjuriis generalem dare voluit, de *unico*, eoque speciali casu disponere non potuerit. His addo a) usum indubium poenae corporalis in rupta *urphede art.* CVIII. *C. C. C.* cui certe lucri ratio ordinarie non inest, nec non b) usum *Germaniae* communem, secundum quem a primis inde temporibus perjurium omne *manus* abscissione punitum fuit, *capitul. C.* X. *apud.* Baluz. *T.* I. *p.* 197. 860. 1220. *Lex. Longob. Tit.* LVIII. *Lib.* II. *Frisionum Tit.* XX. *Jus. Dithmarsicum art.* CXIX. Dum enim legislator fundamentum corporalis poenae ex *consuetudine* seu *moribus* patriis repetit, non potuit non horum indoli convenienter perjurium *qua* tale, sine ulla restrictione eadem poena multare voluisse. Quo posito etiam *testibus* in caussa civili pejerantibus eadem poena expectanda, quam ex praejudicio vulgari plerumque effugiunt.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XLVI. N. 55.

Falsum testimonium in caussa criminali quando capitale sit? Talio exulat.

Utrum ad effectum *talionis* dolus pejerantis, sine effectu secuto sufficiat, an praeterea requiratur, ut ex perjurio innocens capitali poena affectus sit, clare non definitum. Praxis magis certa est, et *posteriorem* circumstantiam ideo requirit, quia tunc testis caussa *proxima* mortis alteri illatae est. Vix tamen est, ut talio hodie obtineat quin potius poena *gladii* sufficere creditur Beyer *ad h. art. pos.* XXXV. Clasen *ad art.* CVII. *C. C. C.* Quia etiam in aliis casibus hac carolina contentis, poena talionis antiquata est.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLVII. N. 13.

Urpheda quid olim et hodie? Citra sententiam exulat. Fractae urphedae poenae. Quando capite coerceatur?

Appellatio Urphedae composita ex verbo *Fehde*, quod hostilitatem denotat, et *Uhr*, particula *augmentativa*, quae *seriae* declarationis argumentum est. Olim enim, qui inimicitiam abjurabat, ad majorem alterius securitatem dicebatur inire *orvedam*, ceu in casu homicidii solemne erat, cujus ulciscendi caussa familia occisi occisorem *faidosum* persequebatur, praestita Urpheda autem, hoc est, post *compositionem* desistere tenebatur, Baluz. *T.* I. *p.* 371. Mathaei *de jure glad. p.* 646. Datt. *de P. P. Lib.* I. *C.* I. *N.* IV. Simile compositum est *Uhrfried* J. P. S. *Lib.* I. *A.* VIII. quod pristinam amicitiam notabat, per talem compositionem plene reductam. Postquam enim diffidandi licentia seu jus belli privati sensim invalesceret in Germania, modus componendi violentiam et amicitiam pristinam restaurandi eodem vocabulo notari, ipsa pax inita vero, quae pro majori complemento juramento firmari litterisque signari solebat, *orvhde* dici coepit, ut docet Datt. *c. I. P.* II. *C.* XXXIV. *N.* XXIII. Hodie pace publica restituta ista compositio, et notio vocabuli exulat denotatque urpheda *cautionem juratoriam* praestandam magistratui a reo *incarcerato* ante dimissionem de *injuria* carceris non *ulciscenda*, aut si quis relegatus fuerit, de *non redeundo*. Usus ejusdem est frequentissimus, imprimis erga homines ex *plebe*, vel alios *temerarios*, non tamen absolute ubique *necessarius*, adeoque ex tenore sententiae pendet, utrum huic clausula: *nach abgestatter Urphede* inserta fuerit, nec ne? priori casu res clara, adeo, ut in casu contumaciae a *carnifice* in animum rei relegandi sit recitanda, licet hunc morem improbet Rivin. *de poen. perjur. C.* II. §. *pen.* Posteriori reus temere ejus praestatione non gravandus, maxime quum *famam* quodammodo suggillare existimetur. Fractio ejusdem *duplici*

modo contingere potest; *altero*, si non tantum redit, verum *facto* per se atrociori securitatem publicam ejus loci, unde ejectus, turbat. *Altero* si solo *reditu* fidem juratam rumpit. *Illo* casu urphedae non adeo ratio habetur, sed poena pro qualitate *criminis* commissi imponitur, adeoque hic fundata regula: *poena major absorbet minorem. Hoc* vero unice de urpheda fracta quaeritur, et sic secundum legis litteram proceditur, quae nec fustigationem nec poenam capitalem sed solam *digitorum* abscissionem redeunti minatur. Verum Praxis Saxonica et auctoritas Carpzovii effecerunt, ut sensim invaluerit dogma pro ratione iterati reditus poenam aggravandam esse. Haec sola differentia remansit, quod Saxones post *primum* reditum digitos abscindat, post *alterum* fustigent reum, demum post *tertium* capitis poenam imponant, quibus etiam *Bavari* et *Tyrolenses* subscribunt Bluml. *ad art.* CVIII. *N.* II. Froel. *p.* 80. Alibi vero solutio digitorum gravior habetur frustuario supplicio, et ideo ad *secundum* reditum restringitur. Fateor tamen ejusmodi membri mutilationem tanquam odiosissimam in hac specie hodie vix observari, imo multo rarius in tertio reditu esse *capitale* supplicium, ut praxis quotidiana testatur. Equidem praejudicia quaedam exhibet Lynck *dec.* CDXVI. Rict. *Cons.* CDXVII. sed plerique interpretes lege expressa se destitutos vident, et ideo non immerito haesitant, adeo, ut jam Bluml. capitis poenam ad *quartum* reditum restrinxerit Vid. Harprecht. *Resp.* LIV. *N.* XXXIV.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XLVII. N. 55.

Caussae mitioris supplicii variae.

Particula *willichlich*, *freventlich* modum ponit rigori et ad eos refertur, qui *suo* quasi *jure publice* et *palam* in despectum judicii redeunt. Itaque non difficile de casibus quibus ab omni duritie desistendum, reusque carceribus mancipatus, vel simpliciter, vel cum fustigatione denuo ejiciendus, judicare. De *fame*, *peste* ad reditum inducente testatur. Auctor noster. *Voti* religionem his immiscet Froelich *c. l. Tit.* VII. *N.* III. Idem de eo, qui *defensionis* instruendae causa revertitur, vel nulla *temporis* mentione sententiae adjecta relegatus, dicendum putat Granz *P.* II. *p.* 256. Priori enim casu solum excessum in exequendo eo, quod in se justum ac licitum, committit, posteriori, sententia quodammodo *dubia* se tuetur. Utraque causa sufficit ad evincendum, quod non redierit *muthwillig*. Idem dicendum si *clam*, ad tempus, ex indifferenti caussa redit, et inter latebras delitescens casu detegitur. Neque enim temeritatis *eines Frevels* notam subit, sed leviori gradu peccat, qui sine *ostentatione* redit. An eadem ratione rigor emolliendus sit, si hactenus in loco delituit, nec abiit, dubium. Tuetur et hanc caussam Auctor, alii vero non sine ratione reprobant, quum juramentum relegato et *abitum* et *exi-*

lium imponat, adeoque multo magis peccet, qui nequidem ex una, nedum ex altera parte juratae promissioni satisfacit: Harprecht *Cons. C.N.* LXXXVI. Interim rigor poenae efficit, ut in foro *qualem qualem* caussam admittant, teste Bergero *El. crim. p.* 423.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLVIII. N. 69.

Notio magiae. Ejus non ens. Exempla S. Codicis. Faticida. Hendorensis. Dubia confessionis sagarum fides. Vectio in montem Bructerorum. Transmutatio in bestias. Tempestatum excitationes.

Quae Auctor in hac et sequenti quaestione proposuit, plena sunt naeniarum, ac superstitiosae credulitatis, vix digna ut me cum iis committam. Occuparunt hanc provinciam quam plurimi, et imprimis post alias Thomasius, cujus doctrinae saniores mirifice placuerunt plerisque erectioriis ingenii JCtis, et sublato praejudicio vulgari, quo judices de existentia *magiae* fascinati fuerunt, *cerebrinum* hocce crimen e foris criminalibus penitus relegarunt, aut saltem praxin ejus effecerunt, *rarissimam*, non nisi iis locis adhuc propriam, in quibus *ignorantiae*, ac *superstitionis* semina supersunt. Ne tamen ASYMBOLOS videar, sparsim aliquot observationes adduxisse juvabit. *Duo* potissimum sunt capita, in hac quaestione proposita, quorum alterum ad *definitionem* magiae, alterum ad evincendam ejus actualem *existentiam*, justamque vindictam pertinet. Circa *prius* facile assentior Carpzovio, qui ex pacto *explicito*, vel *implicito* cum diabolo illam aestimat, et in *commercio* cum Diabolo notam characteristicam ponit. Paulo angustiores cancellos eidem tribuere mihi videntur, qui, dum magiam describunt, circa *damnum hominibus vel bestiis* datum haerent, nec magos, nisi quos ope diaboli *nocuisse* constiterit, agnoscunt. Ita saltem crimen constrinxisse videtur Brunnem *von Nichtigkeit der Zauberey pag.* 11. Neque negari potest istam circumstantiam ut plurimum magiae propriam esse, vel saltem studium aliis nocendi eidem per se cohaerere: an autem actuale damnum *perpetuus* et *indubius* character magiae sit, alia quaestio est. Mihi videtur illa non aliter definiri posse, quam expensis omnibus, omnino casibus, qui sub magiae nota circumferuntur. Nata enim magia est in cerebro JCtorum, ergo sola doctrina interpretum limites eidem ponere potest. Secundum hanc vero etiam *ludificationes* et *praestigiae* ope diaboli excitatae; *transmutationes* in bestias, quin immo *vecturae per aerem* ad montem bructerorum, aliaeque ejus generis praeternaturales artes magiam sapiunt quae persuaserunt Leyserum, *ut Sp.* DCVIII. *N.* III. magiam dixerit *crimen, quo quis facto dictove aliquid contra ordinem naturae sine divina auctoritate efficit.* Neque tamen haec mihi sufficit, quum etiam solum *pactum* cum diabolo, sine alterius *detrimento* initum, cui nihil praeternaturale inesse constat, notam magiae incurrat, et ex doctri-

na communis scholae locum facit supplicio *ignis*. Mallem itaque essentiam hujus ficti criminis a solo *commercio cum diabolo* repetere, damnum vero vel operationes extraordinarias ad mera naturalia referre, quo facto demum ex mente doctorum criminis conceptus exhaustus censetur. Circa *posterius* vero omnia ad momenta redeunt, quibus auctor fidem assertis suis de vera criminis *existentia* facere studuit. Qua in re tantum abest, ut quid praestiterit, ut potius rationibus suis docuerit, misere doctrinam quam sustinet, claudicare. Certe quod ex *S. Scriptura* petitur argumentum, parum concludit; sub magis enim, quorum haec mentionem facit, non illi comprehensi, qui *praeternaturalia* vere produxerunt, sed soli *impostores*, ac *stelliones* magia *naturali*, et *veneno* nocere, sensibus illudere vel *vaticiniis* confundere alios cupientes. Comprobat id appellatio *Carthumim* et *Mecaschewim*, quae proprie convenit *vatibus* et *ariolis*, qui res arcanas et ignoratas aperiunt, docente CLERICO *ad Exod.* VII. et ideo hujus generis hominibus inter Judaeos famosis diserte tributa *Lev.* XIX. 31. Quia vero, qui divinabant, *prodigiorum* edendorum artem simul profiteri solebant, non mirum, *praestigiatores* sub eadem appellatione aeque venisse, quales erant *magi Pharaonis*, quorum miracula mera oculorum *ludibria* fuisse, nec quicquam simile veris habuisse praeter *speciem externam*, adeoque in meram imposturam abiisse, dudum ab eruditis est observatum. Neque miraculosum per cacodaemonem a faticida *Hendorensi* factam fuisse productionem *Samuelis*, sed meram *fraudem* humanam intercessisse, omnes circumstantiae in sacro codice recensitae evincunt quas sigillatim exposuit, et offucias huic Historiae proprias tam clare detexit, WAHRLIB. *von Nichtigkeit der Zauberey*, ut rationabile dubium vix supersit. Ex his non ultima est, quod *Saul* timore perterritus vultum in *terram* converterit, nec intueri ausus fuerit nec ipse viderit simulacrum *Samuelis*, sed quid videret a muliere quaesiverit. Timor autem et superstitio facile efficere potuerunt, ut faticida ejusmodi hominem falleret. Conf. VAN DAHLE *de divinat. idolat.* Neque turbare nos debet poena *capitalis*, in S. Codice magis indicta quasi rigor ejus non respondeat meris deceptionibus, sed argumentum *gravissimi* criminis arte *diabolica* perfecti, constituat. Nam haec non protinus arguit *veram* prodigiorum per *malos spiritus* excitatorum existentiam, sed ex indole *Theocratiae* repetenda, siquidem, qui Magiae studebant a *Dei cultu* se aliosque alienabant, ob affectatum falsum cultum in *idolatriam* incidebant, et tanquam criminis *majestatis* rei atrocitate supplicii expiare factum tenebantur. BRUNNEM. *disc. von der Zauberey C.* I. §. VIII. Ejusdem commatis est, quod ex *philosophorum, patrum* ecclesiae, et in specie *Romanorum* agnitione criminis petitur argumentum. Nam uti praeconceptam opinionem de miraculosis mediante diabolo factis operationibus antiquissimam, et in ipsa republica *judaica* natam, inter Ethnicos propagatam, et sub Christianismo in Germania potissimum variarum novarum fabularum accessione excultam esse, non negaverim:

ita testimoniis hisce non tam ejus de qua quaeritur, existentiae quam propagatae *opinionis* argumentum cohaeret. Quotquot de artibus, operationibusque diabolicis circumferuntur relationes, ita sunt comparatae, ut fidem juridicam nec producant, nec locum quemdam magiae in classe criminum relinquant. Ipsa persuasio, quae vulgo defensores magiae occupat, *duobus* vitiis laborat, quae si rite perpenduntur, crimen magiae praetensum mirum in modum labefactant. Ipse Auctor noster, plures intercedere *fraudes*, *praestigias* multaque falso pro *magicis actionibus* venditari, ultro fateri cogitur, et hoc ipso cautam magiae disquisitionem admittit, ab agnitione vero magiae sibi temperare non potuit, sed eam omnibus viribus defendit, et in applicatione ad casus propositos, ejus quod ultro antea professus erat parum memor fuit certissimo argumento, eum ab utroque vitio non satis sibi cavisse. Nimirum *primum* vitium est falsa persuasio, quod omnes *operationes* sensuales extraordinariae, quarum nexus scientiam, ac cognitionem humanam fugit, ad *malos spiritus* et *diabolum* mox referendae sint. Quotus quisque enim est, qui nescit, multa in natura recondita esse, in quibus ignorantiam nostram profiteri cogimur, licet sint vere *naturalia* non *supernaturalia*, non *miraculosa*, multo minus *diabolica*. Varia per naturam producuntur, quorum veritatem manibus tenemus, *causas* non perspicimus. Quot artes olim non pro *diabolicis* habitae quam diu non modo *plebi*, sed *communitati* hominum fuere incognitae, quae nobis, meliora edoctis; et de sola naturae efficacia persuasis, hodie audiunt *vulgares* ROBERT *rer. jud.* p. 63. Inventio *pulveris bellici Typographiae*, *magnetis* usus opus magicum diu habita, sed culturae scientiarum debetur, quod naenias istas jam rideamus et vim naturalem in his omnes agnoscamus. Idem de *mechanicis* artibus dicendum, quibus *miraculosos* effectus, ast mere *naturales*, inesse, dudum docuerunt eruditi, et hodienum docent variis *experimentis*, quae sub ignorantiae temporibus sine dubio pro *diabolicis* habita fuissent. Taceo *morbos* hypocondriaco-epilepticos, quorum *horribilia* quotidie cernimus *symptomata*, quae incautis et inexpertis morbi *daemoniaci* speciem facile imponunt, erectioris judicii medicis vero qui structuram corporis humani scrutari, morbosque nervosos expiscari didicerunt, nil minus, quam praeternaturalia videntur. Quot fabulas de *obsessione diabolica* non circumferre sueverunt majores ex solo vitio, de quo hic loquor, enatas, quas tamen cultura *artis medicae* hodiernis temporibus penitus profligavit? DETHARDING *de obsessione eaque spuria*. ALBERTI *jurisprudentia medica* p. 204. Ipsa S. Codicis exempla de obsessis tot dubiis involuta sunt, ut plerique ea non de *vera* obsessione diabolica, sed de morbis *convulsivis*, *epilepticis* accipiant, saltim scriptura sacra contrarium non evincit, quae locutionibus et phrasibus ad *captum vulgi* accomodatis utitur, nec tam in veritatibus *philosophicis* eruendis, quam in mediis ad *salutem aeternam* quaerendam comparatis occupatur adeoque perperam ad eam in evolvendis magiae tricis provocatur.

39

In summa, nihil est, quod magiam apud credulos magis promovit quam *arcanorum* naturae *ignorantia*, et conjuncta cum illa varia de effectibus extraordinariis opinio. Hac ejurata, non difficile erit, indagatis per peritos naturae operationibus, ea, quae vulgo pro magia habentur, ab infausto criminis reatu liberare, in quo Thomasius aliique recentiores felici successu nobis praeiverunt, ut mirer, qui fieri potuerit, ut acutissimus Leyserus *Sp.* DCVIII. *Med.* IV. omnem magiae fidem detrahere, sibi religioni duxerit. *Alterum* vitium in defectu sufficientis *probationis* haeret, et potissimum ad forum juridicum pertinet. Duo sunt, de quibus in omni crimine judici *fides* fieri debet. Alterum *criminis*, de quo quaeritur, *veritatem*; alterum *auctorem* ejus concernit. De utroque, imprimis vero de priori, quod *corpus delicti* vocari suevit, constare debet, ex argumentis idoneis, et luce meridiana clarioribus, adeo ut non ubique perceptio *sensualis* ad eruendum corpus delicti sufficiat, sed nonnumquam *artis peritorum* consilio opus sit. Ad magiam si hoc applicatur, apparet, corpus delicti numquam verificari posse, adeoque quaestionem de ejus auctore inanem esse. Quicquid probationi speciem quandam conciliare videtur, *confessione* ejus, qui criminis insimulatur, pene absolvitur, haec vero ob concurrentes *fraudes*, corruptam hominum *phantasiam*, *melancholiam* ita comparata est, ut tuto eidem fides haberi nequeat. Adminimum magi confessionis suae nunquam *rationem scientiae* solidam dare queunt, tantum abest, ut *verisimilia* judici fateantur. Quis ergo recta ratione praeditus confessionem eorum pro luce meridiana clariori probatione accipiet? Equidem Kleinius *de judicial. lamiar. conf. mag.* nam vim confessioni tribuit, ea ex ratione, quod *circumstantialis* et *uniformis* esse soleat, consensus vero ejusmodi circumstantiarum insigne robur summumque *verisimilitudinis* gradum inferat. Ego vero his prorsus non convincor tum, quod relationes magorum *lippis* ac *tonsoribus* notae sint, et sic non mirum, eas *conspirare*, tum quod uniformes judicum *interrogationes* non possint non uniformem *responsionem*, quae tamen maximam partem fabulosa est edere, ut dudum observavit *Auctor, caut. crim. dub.* XXVIII. Quis, inquam, non confictam et fabulosam esse concedet, qua omnes confessiones sagarum ab Auctore *Qu.*L. expositae repletae sunt *transvectionem in montem Bructerorum?* Vetus haec persuasio fuit, ipsa *nocte Calendarum Maji* tripudiorum caussa cum satana coire, et per aerem huc transvehi mulierculas. An ad imaginem pristinorum conventuum *publicorum* ad Calendas Maji restrictorum, ut Vagedes *oper. p.* 82: existimavit, ista fabula efficta temere non definiverim. Mihi sufficit non multo recentiorem ejus reprobationem fuisse, et agnovisse dudum prudentiores corruptae phantasiae monumentum, ipsis adhuc temporibus ignorantia plane obnubilatis, ut ex *concilio Aquirensi* apparet apud Reginonem *c.* 364. *p.* 345. quo ista *falsae opinionis deceptio* valde exagitatur. Longe evidentius ejus absurditas recentioribus temporibus depicta a B. Hoffmanno *dissert. de pot. diabol. in*

corp. hum. §. VI. qui ex rationibus physicis de ejusmodi somniis sic loquitur: *Quoniam corpus humanum fluidum aeris velbis centum ac ultra vicibus praeponderat, deberet vel tollere corporis humani gravitatem, vel aerem efficere corpore hoc graviorem, id quod esset miraculum.* Paulo post ad exemplum *Christi*, supra pinnaculum templi in montem excelsum evecti, recte respondet, verbum PARALAMBANEIN non accipi de transvectione, sed idem significare, ac *abducere*, *comitem sibi adjungere.* Sunt, qui *animam* solam, durante somno, transportari credunt, haec assertio tamen multo minus veri speciem habet ac facilius allegatur, quam probatur, Stryck *de jur. sens.* §. I. *C.* I. *N.* LX. Quae porro verisimilitudo inest narrationi sagarum de *transmutatione* in *hircum*, aliasve bestias, ad quam turba magorum toties provocare solet. Nonne haec est plena miraculorum, quae producere, ordinemque naturae mutare diabolus nequit. Recte rationi repugnat ejusmodi metamorphosis hominis *in bestiam* irrationalem adeoque prope est, ut corruptis *impressionibus* ac *somniis* tribuenda sint, quae homines miseri ea de re, tanquam vere contingente, narrant nec tamen ex sensu corporeo ejus scientiam habent Stryck *c.* I. *N.* L. Quicquid ad convincendam ejus *possibilitatem* ex sacro Codice de uxoris *Lothi* decantata transmutatione in *statum salinam*, et de exemplo *Nebuchodonosoris* proferunt patroni artium magicarum, parum stringit. Illa enim, docente Clerico in *diss. de statua salina* adjecto *commentario in Genesin N.* II. quid amplius notat, quam, quod uxor instar columnae vel statuae immota remanserit, vel apoplexia correpta obriguerit? Quod ad hoc vero attinet, non dicit scriptura, degenerasse *Nebuchodonosorem* in bestiam, sed socium bestiarum, mentemque ejus mutatam fuisse, ut maniacus factus, se pro bestia gesserit, vel agitatus a Deo inter feras sylvestres velut bestia habitaverit *Crit. sacr.* T. III. *p.* 665. *Dan.* IV. Neutrum ergo exemplum fidem conciliare hujusmodi confessionibus aptum est. Praeterea quis concoquet, qua intumescunt sagae, *frugum excantationem* aut *tempestatum* extraordinariam productionem quarum neutra sine *miraculo*, et *ordinis naturae* immutatione exerceri potest, et sic ex eorum numero est, quae nec in se vera sunt, nec fidem ab ultronea confessione acquirunt. Novi utriusque fabulae *antiquitatem*, sed scio veritati, ac falsitati sola traditione nil accedere, aut decedere, imo potius semper fuisse, qui servitutem ea credendi, de quibus convinci non potuerunt, sibi imponi passi haud sunt. De excantationis praetenso maleficio fora romana dudum perstrepuisse ex legibus *decemviralibus* et *l.* 4. *C. de malef. et mathem.* Plin. *H. N. Lib.* XIV. *C.* IV. *Lib.* XVIII. *C.* VI. edocemur. Credebant, segetes cantibus exorari posse, ut transirent in *vicinos* agros, ceu Servius *ad Virgil. Eclog.* VIII. *v.* 99. testatur. Speciatim *Dardaneis* artibus id fieri posse, existimabant, et tamquam rem certam affirmabant. Turneb. *Lib.* IX. *Advers*, *c.* XVII. Similiter tempestariorum meminerant Seneca *Nat. Qu. Lib.* IV. *C.* VII. Plinius *cit. loc. Lib.* XXVIII. *C.* II. eos tamen acer-

bo sale perfricarunt. Neque priscos Germanos ab hac opinione alienos video ut patet ex Pompon. Mela *Lib.* VI. *C.* III. *LL.* Wisigoth. *Lib.* VI. *Tit.* II. §. III. *capitular. Caroli M. apud.* Baluz. *Tom.* I. *p.* 235. Foecundiora fuere posteriora tempora in Germania in propaganda opinione de tempestatum excitatione in hunc usque diem. Certe vulgus eam usque adeo imbibit ut Herculi clavam facilius, quam ei fabulam extorqueas. Nec judicia ab ea aliena sunt, ut recentissimum exemplum concrematarum ex hoc capite in Hungaria sagarum ex *diurnis Lipsiensibus de Anno* MDCCXXVIII. exhibet B. Parens. *Jur. Eccles. tit. de sottil.* §. VII. Quod tanto magis mirandum hoc aevo, quo hisce naeniis tot prudentes nuntium miserunt, et veritatem rei hoc solo argumento exsibilarunt, quod absurdum sit diabolum cui hominibus quotidie nocere non potest non volupe esse, executionem virium suarum ab arbitrio et mandato maleficae mulieris suspensurum esse. Taceo in praesenti nugas de *concubitu* vel *pacto* cum diabolo, quae ejuratae rationis argumenta prorsus superant ut *Qu. sequenti* docebo. In universum patronis magiae nullum fortius argumentum objici posse existimo, quam quod a *conditione* artis magicae, qualem praesens saeculum repraesentat, petitur. De magis enim vel plane nihil, vel rarissime quid auditur, et si quid circumferri contingit, mox in fumum abit caussa *naturali* vel in oculos incurrente, vel mox manifestari solita. Si vera daretur magia, cur quaeso! praesens saeculum diabolo moram injiceret in exercitio potestatis suae? et cur non aeque ac olim creditum, servitio hominum uteretur ad regnum suum amplificandum? Quod cum non fiat prono alveo fluit, quicquid artis magicae vulgo circumfertur, ad aniles fabulas et phantasmata redire, vix digna, ut erectioris ingenii hominem detineant.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XLIX. N. 79.

Pacti diabolici naeniae. Dissensus doctorum circa poenam. Fabula de concubitu diabolico.

Quae praecedenti quaestione contra artium magicarum existentiam, ejusque in casibus singularibus probationem annotavi, etiam circa duplex commercium, quod *pacto* vel *coitu* cum diabolo suscipitur, repetenda. In specie quod pactum initum attinet, cave, ne confundas *abnegationem Dei*, oblationemque temerariam sui diabolo factam, de qua nonnunquam satis constat ex scriptura hoc sine exarata, et apud maleficos reperta. Haec uti in se *sceleratum* factum constituit et veram *blasphemiam* involvit, poenasque huic proprias producit; ita a pacto seu conventione *oblata*, et a diabolo *acceptata*, in qua potissimum magiam collocant, multis differt modis nec ab existentia ejus ad hanc argumentum valet. Illa est sensualis et fidem juridicam ex *recognitione* scripturae parare apta, haec aliunde quam ex *confessione* maleficarum cognosci nequit, cui nihil prorsus suffragantur, sive *rationem*

scientiae quae semper deest, spectes, sive *verisimilitudinem*, quae confessioni, ut effectum producat, semper cohaerere debet. Nihil enim utilitatis ei inest, quod movere posset *maleficas* ad conventionem urgendam quae se decipi a Diabolo ipsae fatentur, multo minus quicquam *diabolum* ad eam movere potest cujus etiam sine pacto sunt mancipia, quae ejusmodi scelesta consilia capiunt. Et quae demum verisimilitudo ei conciliari potest, positis, quas cum distinctione pacti *solemnis*, et *minus solemnis* vulgo conjungunt, fabellis? tam puerilibus, ut mirum sit, fuisse, qui sibi eas persuaderi passi sunt, et in scriptis pro aris ac focis defenderunt, imo quod rectam rationem superat, absurdissimas quaestiones moverunt, quarum in numero est, utrum hoc pactum *nudum*, an *legitimum?* contractus *nominatus*, an *innominatus?* actio ex stipulatu, an *praescriptis verbis* inde competat? Corruente itaque pacti veritate, circa *poenam* de qua valde sollicitus est Auctor facile nobis cum eo transigendum erit. Equidem *Carolina* constitutio, etsi plena sit magicarum naeniarum, *pacti cum diabolo* nullam mentionem facit, sed magiam in *noxiam* ac *innoxiam* distinguit, ac illi *ignis*, huic *arbitrariam* poenam imponit. Sed *interpretes* ex ea, quam sibi arrogarunt legislatoria potestate, textum mirifice sollicitarunt, et sub variis effugiis pactum hocce magiae immiscuerunt, quo ipso factum, ut quaestio de poena variam experta sit fortunam. Quae Auctoris sententia fuerit, et quomodo verba *nach Gelegenheit der Sache* ad conventionem diabolicam traxerit, modo ut fundamentum haberet, poenam ob *qualitatem* singularem ad combustionem usque aggravandi, ex praesentis quaestionis interpretatione apparet. Huic non multo dissimilis GOLDASTI interpretatio *in Tr. von Confiscation der Hexen Guther* §. XXXVIII. dum inter *Zauberer und die sich Zauberey gebrauchen* distinguit, caussatus illos unice per *pactum* cum diabolo reos fieri, et capitali poena dignos esse; hos solius *commercii*, non *pacti* reos esse, et sic poenae *extraordinariae* subjici. Alii ob solum pactum citra *damnum* datum in poena *arbitraria* subsistunt BOCER *disp. jur. civ. p.* IV. *diss.* XIV. *th.* XL GODELMAN. *Lib.* III. *C.* XI. *N.* XXXII. FICHARD. *Vol.* II. *Qu.* XX. *tit. g.* MAURIT. *Cons chilen.* XI. *P.* II. MELANDER *Resol. de Sag. Qu.* VII. Rursus alii solius *pacti* nullam rationem habent, idque cessante damno, nullis prorsus poenis subjiciunt WIERUS *de praestig. Lib.* III. *c.* VI. et *Tr. de Lamiis c.* IV. HEROD. *V. Rer. judic.* CXIV. contra quos calamum strinxit et solam pacti persuasionem *capite* puniendam judicavit BAYLE *Reponse aux questions d' un provinciel T.* I. *c.* XXXIV. *p.* 301. Sed horum omnium inanis labor, et otiosa disquisitio est, quamdiu corpus delicti in tuto non collocatur. Puniendos esse velut *Blasphemos* quos de abnegatione vera convictos constat, non negaverim, aut si de sola *persuasione* pacti diabolici convicti fuerint instar *melancolichorum* per corporis, et animae *medicos* tractandos, non invitus concesserim. Sed rationem poenae in pacto vel commercio diabolico quaerere, religioni mihi duco, quamdiu de magiae existentia melio-

ra edoctus non fuero. Gemina sunt, quae *concubitum* cum diabolo concernunt. Delusam imaginatione *phantasiam* mulieribus melancholico hypocondriacis coitum repraesentare, et caussam confessionis ea de re editae esse, dudum ab aliis observatum, Ficard *Cons.* III. Quod enim de congressu *filiorum Dei Gen.* VI. dicitur, non ad *angelos* referendum, nec inde possibilitas concubitus cum *spiritibus* inferenda, sed de sobole *Sethi* ejusque cum *Cananaeis femellis* venerea conjunctione capiendum, ceu patet ex iis quae habet Clericus *ad c.* I. Eodem modo locus *Levit.* XVII. *v.* 6. non ad coitum *venereum*, sed stuprum *spirituale* h. e. *idolatriam* pertinet, docente Spencero *de LL. Haebr. ritual. L.* II. *C.* XL. Concubitum sine corpore *solido* ac *spermate* celebrari non posse, inter physicos conclamatum est, et argumento KAT ANTROPON ex effato Christi *Luc.* XXIV. *v.* 39. probant Thomas. *de crim. mag.* §. XXXIX. Warlib. *c.* III. §. III. VIII. X. XIII. *seq.* Brunnem. *c.* I. *p.* 16. Quomodo itaque diabolus tamquam spiritus solido corpore destitutus, ad celebrandum praetensum concubitum aptus esse potest? Assumtio corporis solidi, aut artificium quo ex pollutionibus nocturnis semen furari, et immittere in foeminas dicitur, ut Kleinius *in speciali diss.* ea de re conscripta *p.* 16. commentus est, quia rationibus physicis, ac sanioribus repugnat, vix responsionem meretur. Manet itaque relatio de amplexibus diabolicis tam vetusta, quam ridicula persuasio Keysler *antiq. septentr. p.* 457. et dolendi sunt vices eorum, qui hanc sibi obrepere passi sunt, aut longius progressi, furente ratione, de *indole* concubitus disputarunt, rationemque, cur diabolus in forma *masculi* coeat, in *superbia* quaesiverunt quasi ea non permittat ut *succumberet* sed exigat, ut *incumberet* exemplo Clericati *in decis. sacrament.* vid. *act. Erud. germ. P.* XX. *p.* 157. Ne quidem poena *ignis*, quam comminiscitur Auctor certa lege fundatur. Saltim carolina de illa silet, eaque solo argumento a *Sodomia* ducto sustinetur. Ridendae non puniendae sunt quae talia fatentur mulieres, et ad summum misericordia dignae, nec aliter tractandae, quam quae corrupta phantasia exagitautur. B.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM L. N. 65.

Vates in Latio et quondam in Germania. Vectura per hircos.

Etiam haec quaestio est plena tricarum et ineptiarum, de quibus, quid sentiam ex rationibus praecedenti quaestione propositis apparet. Ipse Auctor toties, quoties antea omnem magiam pacto explicito, vel implicito cum diabolo niti, nec sine eo exerceri docuerat, et tamen hic magiam exponit, quae sine pacto praetenso exercetur. Taedium movent, quae de *hariolis*, *sortiariis*, *incantatoribus* fabulatur, quibus nihil salis nedum veri speciem habens, inest. Fuere ab omni aevo, qui hisce artibus mentes aliorum obnubilarunt, effeceruntque, ut haec persuasio ad posteros fuerit propagata. Etiam in re publica *judaica* harioli sub nomine magorum famosi

fuerunt qui dum judaeos a vero cultu Dei, tamquam sui regis avocabant, et ad superstitionem seducebant, velut laesae majestatis rei a summo numine ad poenam capitalem condemnati ut supra notavi. Neque alia persuasio *romanis* haesit, de quorum *vatibus, imprecatoribus, incantatoribus* cum lex. XII. *Tab.* tum vox principum *tit. C. de malef. et mathem.* cavet, variasque poenas statuit, quarum fundamentum modo in rationibus *politicis*, modo in summa *superstitione*, a qua nec romani fuerunt alieni, quaerenda. Et quid de majoribus nostris in *Germania* dicam? inter quos superstitionis hujus largissima semper extitit seges, ut historia *faticidarum* veterum docet quam erudite texuit Keysler *in diss. de mulier. faticid.* quae reperitur in ejus *antiquit. septentr. p.* 371. Sensim propagata et novis additamentis aucta est recentioribus saeculis sub *papatu* vana ista persuasio, usque adeo, ut ni clarior lux hodiernis temporibus affluxisset, verendum, ut omnem prorsus rectam rationem ejuraturi fuissent. Non itaque satis miranda, quae ab Auctore et sequacibus eam in rem quasi ex tripode referuntur, quum *fide*, *certitudine* et *ratione* omni prorsus sint destituta. Si quid ejus rei hodienum venditatur, re accuratius examinata in manifestum *Stellionatum* ibit, adeoque aequum est, ut hoc respectu, non tanquam *magicarum* rerum gnari coerceantur vates praetensi, et quotquot incantationibus suis incautos decipiunt. Veritatem asserti experentia tot exemplis *fictae* artis magicae comprobavit, quorum nonnulla collecta a Joh. Christ. Fritschio in libello *seltsame doch wahrhafftige Theologische, Juristische und Medicinische Geschichte.* Taceo in praesentiarum commentum de *vectura per hircos*, tam absurdum et anile, ut pudeat de ea vel syllabam scribere. Contigit nostro saeculo haec felicitas, qua dispulsis ignorantiae tenebris saniora profiteri, et fraudes manifestas detegere didicimus. Restitutum enim est jubar rationis, judicii ac veritatis, ut *contemtum*, non *rogum* jam excitent hujusmodi praetensa incantamenta. Legenda itaque ac in usum deducenda, quae post Thomasium, Franckium sub nomine Waherlieb. *von Nichtigkeit der Zauberey* aliosque annotavi Kress. *ad art.* CIX. *C. C. C.*

OBSERVATIONES SELECTÆ

AD

BENEDICTI CARPZOVII, JC.

PRATICÆ NOVÆ

RERUM CRIMINALIUM

PARTEM SECUNDAM.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LI. N. 64.

Severitas judicii in adulterio exul. Inquisitio in illud coarctanda.

Quae hac quaestione proponitur operosa disputatione de *gravitate* adulterii, ejusque cum homicidio comparatione, vereor, ut parum utilitatis sit habitura. Ita saltim visum acutissimo Titio *in jur. priv. p.* 769. cui hoc suffragatur, quod legibus crimen hoc satis vindicatum sit judicem vero duriorem lege ipsa esse non oporteat. Si quod commodum ex hac meditatione elici potest, hoc erit, ut judex ad acerbitatem in poena ejusdem determinanda et stricte servanda provocandus, contra ab humanitatis ratione et remissione jurium applicatione retrahendus sit. Sed vereor, ut hanc philosophiam probaturi sint, qui sciunt, in adulterio non tam *improbe*, quam ex *imbecillitate* delinqui, animumque magis *inordinatum*, ac ab affectuum imperio parum correctum, quam *sceleratum* ac *malitiosum* in censum venire. Quotquot delicta a legibus poenis vindicantur, ex odio iis conjuncto hoc praecipuum habent, quod ad *laedendum* alium primario tendant, et vinculum *sociale* turpiter rumpant: adulterii vero, et, quae cum eo coincidunt, reliquorum *criminum carnis*, ea est indoles ut magis *satiandae* ordinatae *libidini* inserviant, et tantum non ubique hac *sola* cogitatione perpetrentur, *laesionem* contra, aut nullam, aut certe nuda voluntate *indirecta*, et per consequentiam, rarissime *destinato* consilio illatam, supponant. Proximum huic est, quod aliis delictis *utilitas publica* directo turbetur, et integrae quasi civitati noxa inferatur, sed in adulterio nil amplius agitur quam

ut *singulari* personae, vel familiae primatio aegre fiat publicum autem non nisi *oblique*, et quasi per latus hujus personae seu familiae turbetur. Sunt adulteri communiter ab eo quod *injuriam, hostilitatem, improbitatem* sapit, alienissimi, cum aliis vivunt pacifice, officiose, et sensu vulgari, *honeste* vivunt, geniumque *socialitatis* utique profitentur, nec quicquam eos provocat, quam *certum* aliquod objectum, cujus amore capti, armantur facto, quod aliis nec metum, nec periculum, nec terrorem, uti *rapina, incendium furtum*, *homicidium*, injicit. Itaque magis in *singulares* personas feruntur, eaque propter ad poenam se obligant, sed ab improbitate ista, qua *universi* cives delinquendo petuntur, aut turbantur, longissime absunt. Haec sola circumstantia caussa est accusationum *publicarum*, et inquisitionis ex officio a judice suscipiendae, a quibus Romani in adulterio ideo, quod illud non omnes tangit, fuere alienissimi, tantum iis, *quorum interest*, jus accusandi concedentes. Quicquid ex isto crimine ad universos transit, solo *scandalo* absolvitur; id vero licet coercitionem utique mereatur, tantam facto *improbitatem* non conciliat, quanta ad gravitatem alicujus delicti requiritur, iisque speciebus unice cohaeret, quibus securitatis publicae violatio propria est. Quae cum ita sint, dubito an hocce delictum tam infaustum sit, uti vulgo depingi solet, et an non aliquid dandum sit *imbecillitati* humanae, quoties de ejus coercitione agitur. Si qua lenitas in exercitio poenarum judici commendanda, certe plures pro ea in hac specie occurrunt rationes, quum, quo severiorem eum esse oporteat tunc, ubi *improbe*, et in *plures* delinquitur eo remissiorem esse debeat, ubi tum *imbecillitatis* ratio concurrit, tum reus *aliis* non adeo *formidolosus* est. Poenam ac vindictam eamque publicam in dubium non voco, id enim manifeste cum legibus pugnaret, sed *atrocitatem* delicti tantum impugno, et ad generale officium judicis provoco, vi cujus, ubi aliqua ratio probabilis id suggerit, magis in *benigniorem*, quam in duriorem sententiam abire tenetur. Pertinet hoc monitum ad *integrum* judicium de adulterio criminale, non ad solam ejus *poenam*, adeoque etiam usum habet, quoties de *inquisitione* ex capite adulterii suscipienda quaeritur, quae ex iisdem his principiis limites capit, et *rarior*, cautiorque, quam in aliis delictis esse debet, ne scilicet judex omnia ad *severitatem* exigat, aut in applicanda tortura aliisque *diris* remediis executionem officii sui consistere existimet, sed rationes ita componat, uti ad vindictam molliorem opus est. Idque minus dubium habet, quoties ipsius *laesi* quoque interest, ne *operosa* inquisitio suscipiatur, eique cui consultum volumus, gravissima *injuria* per indirectum inferatur. Equidem leges nostrae etiam in hoc crimine *sine delatore* procedendum esse volunt, nec injuste agit judex, qui lege jubente officium suum explet, maxime si caussa satis manifesta, vel singulare scandalum adest, vel laesus hoc urget. Verum ubi *innocentis* partis magis interest, ne domesticum malum manifestetur, non peccat judex, qui facti veritatem rigorose indagare negligit, et delationes, maxime ubi *obscuriores* fuerint,

potius dissimulat, ne concordantia matrimonia turbentur, qualem *prudentiam* leges publicae et aequitatis ratione non excludunt. Agnoscit veritatem rei, qui in extendendo adulterii reatu alioquin paulo durior est Leyserus *Sp.* DLXXV. *N.* XI. et in haec verba erumpit: *Igitur si privati injuriam suam mussitant, atque consultius sibi esse credunt, silere, quam calamitatem suam domesticam in lucem proferre, omniumque ludibrio exponere, tranquillitas publica magis laedetur, si judex invito succurreret, operaque et officium obtruderet.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LII. N. 15.

Vindictae privatae restrictiones in Latio. Hodie justus dolor impunitatem producit. Perinde est, utrum maritus adulterum, an uxorem perimat. Idem uxori in maritum licet. Etiam sponsus impune vindicat. Qui actus lascivi huc pertineant? Excessus arbitrarie coercetur.

Dici non potest, quanta sit *varietas* jurium in coercendo *adulterio*, aliis peculiari *duritie*, aliis contra nimia *mollitie* sese commendantibus, adeo ut vix crimen existat, cujus consimilia sata esse dixeris. Patet hoc ex legum paulo solertiore comparatione, ut ex professo docuit Gothofr. Homan. *in diss. de dissens. jur. in puniend. adult.* et imprimis ex institutis *domesticis*, earumque collatione, hanc provinciam explicavit. Neque alia mens Romanis haesit, qui pro variis reipublicae mutationibus vindictae privatae *mariti* et *patris* expiationem ab initio quidem reliquerunt, sed mox retento jure patris, vindictam simul *publici juris* esse voluerunt. Circa usum *privatae* vindictae hoc tantum egerunt legislatores; ut eam paululum constringerent et *marito* in adulterio deprehensum, non nisi post *triduanam* denunciationem necare indulgerent, *patri* vero pro obtinenda impunitate hanc duram legem, ut filiam *simul* interimeret, imponerent, qua de re, quum alii latius egerint, ego plura addere supersedeo. vid Zeithoff *de jur. occid. adult.* Rationem probatae hujus ultionis plerique cum Auctore nostro *N.* XV. in justo *dolore* quaerunt, quibus non adeo repugno, si ille ad caussam *secundariam* restringitur. Utrum vero *unica*, ac *primaria* fuerit, merito dubito, quum eidem restrictiones et *conditiones* caedis *licitae* vix respondeant, nec cum iis justus dolor, quem sola *qualitas* injuriae intollerabilis legitimat, quid commune habeat. Rectius totam hanc Romanorum restrictam dispositionem tamquam exorbitantem, ad reliquias patriae et maritalis *potestatis* referrem, cui leges etiam recentiores plura indulserunt, alias non omnino probanda. admissa tamen sub certis conditionibus in *memoriam* juris vetusti. In alia omnia vero ivit Carolus V. qui a jure Romano quidem ea in re provocatus, sed *aliis* principiis imbutus caedem adulteri *simplici*, ac *indefinita* sanctione impunem esse voluit, *art.* CXLVI. et CL. *C. C. C.* nulla prorsus restrictionum Romanarum facta mentione,

certo indicio, cum in sola *iracundiae* violentia acquievisse, et ex ea unice rationem decidendi petiisse. Sole clarius id apparet ex constitutione *Bambergensi*, unde in dubio merito illustranda ac interpretanda Carolina. Allegantur enim *art.* CXLV. *C. C. C.* pro explicando calore iracundiae excusabili haec verba: *und schlaget ihm aus hizigen Gemuth*, mox specialior ratio additur, *die peinliche Straffe wid um seines billigen Schmerzens halber ubersehen*; quae verba, licet omissa, nec repetita sunt in Carolinae *art.* CXX. tamen Imperatorii sine dubio in mente haeserunt, quandoquidem in *art.* CL. hanc caedem diserte indulget, et impunitatem ejus legitimaturus ad *art.* CXX. provocat, eoque ipso rationem, quam Bambergensis suggesserat, quamque, licet per errorem, in *art.* CXX. Carolinae migrasse putaverat, manifeste approbat. Usus hujus observationis insignis est, et multum conducit ad judicium ferendum; de vera interpretatione ac applicatione *cit. art.* CL. ad casus singulares, de quibus sine hoc principio judicari nequit, ut ex sequentibus observationibus patebit Videlicet I) hodie in foro criminali indulgentia hujus caedis ex hac lege manifesta est, eique, cujus manu adulter periit, proficit ad liberationem ab omni vindicta *publica*, nec quicquam in effectu refert, utrum caedem regulis *justitiae* convenire, an cum Puffendorfio *de jur. Nat. et Gent. Lib.* II. *C.* V. §. XV. leges acrui vitioso affectuum humanorum et irae violentiae velificantes, *impunitatem* tantum indulsisse, dixeris, quum legis poenalis sanctionem suspendi sufficiat, et salus civitatis nil proficiat, sive ex illo, sive ex hoc principio reum servaveris salvum a vindicta publica. II) Posita legis Carolinae clara sanctione, non potest non multis modis fallere eorum sententia, qui *plenariam* immunitatem rejiciunt, substituta poena arbitraria, sive quod post restrictam tantopere patriam et maritalem *potestatem*, praesenti statui jus Romanum non respondeat, uti ratiocinatur Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* II. *C.* VII. *N.* XV. Groenweg. *de LL. abrog ad l.* 4. *ad l. Jul. de adult.* Perez *in C. cit. lib. N.* XXIII. sive quod *conscientiae* ratio contra juris Romani usum intercedat prohibeatque, ad mortem nondum condemnato supplicium maturare, quae sententia est Titii *jur. priv. Lib.* VI. *C.* VIII. §. XX. sive quod jus *Canonicum* poenitentiam ecclesiasticam caedenti comminetur *c.* 6. 8. 9. *C.* XXXIII. *q.* 2. ejusque auctoritas efficiat, ut reus tanto magis *aliquam* saltim coercitionem subire debeat, quanto minus concurrens *vindictae* studium favorem meretur, uti existimat B. Parens *ad Corvin jus can. Lib.* IV. *Tit.* VII. *C.* XIV. et post eum Hartleben *de crim. sine poena* §. XVIII. ac nominatim disponit jus *Tyrolense* quod allegat Froelich *Lib.* II. *Tit.* III. *N.* IV. Enim vero jure hodierno impunitas caedis non a *patria potestate*, aut jure *Romano* pendet, sed a *doloris* justi exceptione, in lege Carolina fundata, adeoque restrictio prioris nil mutare potest circa id, quod in Carolina *distincte*, et *positive* cautum. Neque *conscientiae* forum cum *externo*, de quo mihi sermo est, confundendum, aut permittendum, ut iste praetextus instrumentum sit leges eludendi, quod,

invecta hoc modo poena *extraordinaria*, omnino fieret. Multo minus juris *Canonici* sanctio in subsidium vocanda, tum qui ea tantum *conscientiis* consulit, et meras poenas *ecclesiasticas* statuit, a quibus ad criminales nulla valet consequentia, tum quod petitio principii sit, an auctoritas juris canonici hic prevaleat, et contra *Carolinam*, quae non modo recentior, verum ne syllaba quidem jura papalia in mentem revocavit, allegari queat. Unde merito secundum jus Carolinum hic stricte pronunciandum esse docuit Dohren *de homicid. impunit* §. XLIV. cui accurate respondet jus. *Prussicum P.* III. *Lib.* VI. *Tit.* VI. *A.* XII. §. VII. *wenn einer sein Weib oder Tochter im Ehebruch benfidet und den Ehebrecher oder Ehebrecherin todtet etc. sollen alle dieselben von aller Straffe befreyet seyn.* Eademque dispositio merito III) obtinet, si maritus ipsam *adulteram* vel solam vel cum adultero prostravit, vel uxor viceversa *marito deprehenso* manus sanguinolentas injecit. De priori casu speciem refert Carpzov. *Dec.* XCV. cui *doloris* ratio cumulatissime suffragatur, et jus Prussicum c. l. diserte congruit, licet Romanorum placita de ea nil disponat, sed de solo *adultero* occiso loquuntur. Posteriorem vero tuetur Froelich *Lib.* II. *Tit.* III. *N.* V. rationi juris Carolini quidem conveniente, sed parum ad palatum eorum, qui neglecto jure Carolino, secundum jus Latii sapiunt. Qua in re parum stringunt, quae de defensione intermiscet Damhoud. pr. crim. *Cap.* LXXX. *N.* XXVIII. quasi ex *unione* vinculi conjugalis defensio *utrique* socio sit communis, siquidem caedis impunitas soli justo dolori, cujus etiam uxor ex natura actissimae conjunctionis particeps est, debetur, et jus occidendi ob propriam injuriam ab innocente conjuge exercetur, non vero in *defensione* conjugalis socii quaerendum est, adeoque ad allotria pertinet quaestio, utrum uxori pro marito an huic pro uxore defensorem agere leges permittant? Quod vero a *romanarum* legum silentio mutuat argumentum Leyserus *sp.* DLXXVIII. *N.* LXXVIII. tam elumbe est, quam assertum, quod *longe minor* injuria in uxorem ex *mariti* adulterio redundet, *major* ex *uxoris* adulterio in maritum. Dudum enim jam obdormivit *jus thori*, quod jure romano marito praecipuum erat, sine cujus praejudicio ratio diversitatis *Leyseriana* in fumum abit. Nos adulterium in *fidei conjugalis violatione* quaerimus, conjugumque *aequalem* esse docemus conditionem quo posito nescio, quo colore *mulier* deterioris juris esse, et sibi *minoris* injuriae commentum obtrudi, pati teneatur. Silentium legis autem parum curo, quoties *ratio* eadem quae anima legis est, in oculos currit. Neque aliter IV) pronuntiarem, si *sponsus* sibi desponsatam in amplexibus veneris apprehenderit. Proponit hanc quaestionem Rehz *de intempest. miser. C.* II. *N.* LXXXIII. sed ferrum sponso concedere contra corruptorem dubitat, quasi jus praesens intuitu mariti sit *singulare*, quod ad consequentiam trahi nequit, eaque de caussa poena *extraordinaria* in sponso ad minimum locum habeat. Verum ipso jure Romano vindicta privata omnibus communis fuit, qui *jure mariti* accusare poterant, quorsum pertinet sponsus *l.*

13, §. 3. *l.* 24. §. 3. *ad l. Jul. de adult.* Deinde ratio justi *doloris*, in qua hodie decisio quaerenda, a *nexu* singulari personarum, indeque pendente jure privative in sponsam quaesito, repetenda. Quo posito non potest non in hac specie eadem dispositio locum habere, quum etiam *sponso*, injuria per concubitum illata, sit *intollerabilis*, et apta ad justum dolorem producendum. Atque ita non tam interpretatio extensiva juris singularis, quam mere declarativa subest, quae docet sub marito sponsum utique comprehendi, et jus, quod intuitu *extraneorum* utique *singulare* est, ad societatem conjugalem pertinentibus *communicari*. V) quia *iracundiae* exceptio a qualitate *injuriae* illatae pendent, hanc utique manifestam, et ad colorem provocandum aptam esse oportet. Quem in finem reo parum proderit, si in actibus *remotis*, ac mere *suspectis*, quicquam moliatur in praetensum adulterum, quandiu ejus indolis non fuerint, ut rationem *praesunti* adulterii habeant, quod satis clare definit jus *Tyrolense*, *wann einer einen argwohnigen Mann nakend im Bette oder sonst an argwohnigen Stadten auf unkeuscher That begriffen und denselben stracks aus zornigen Gemüthe zu tode schlüge, zu dem sey nicht strenglich zu richten.* Neque alia mens Carolinae, quae utroque loco supra allegato *der unkeuschen Wercke* mentionem facit, cujusmodi loquutio non de solo actu venereo, sed alio cum hoc *ordinarie* ac *communiter* connexo, merito accipienda. Laxius ea in re ejus Romanum fuit, quod solius *denunciationis* rationem habet, caedemque indulget, quantumvis adulter inter amplexus lascivos non deprehensus, sed admonitionem aspernatus, quomodocumque caesus fuerit. Cujus rei ratio quidem in reliquiis maritalis *potestatis* quaerenda, cui nos solam justi doloris rationem opponimus, et ex hujus indole rem aestimamus, conditionesque Latii circa usum vindictae privatae parum curamus, teste Heineccio *Jur. Germ. T.* II. *L.* VI. §. CCCIII. Quumque VI) caloris iracundiae allegatio, quemadmodum supra monui, non aliter favorem mereatur, quam si in continenti quid fiat, quod effervescentiam animi liquidam reddit; nec innocens plus juris contra adulterum sibi arrogare, aut ubi ita jam deferbuit, *ex intervallo* eundem impune interimere, sed tunc demum beneficio legis frui poterit, quum *durante* irae fervore adulterum, vel uxorem transsodit. Tum VII) ex his principiis illud quoque expeditum est, nullam hic haberi rationem *vilissimae* an honestae conditionis adulter fuerit? *pater* solum *adulterum*, an cum eo simul *filiam* prostraverit? quarum circumstantiarum meminit jus *Romanum*. Nam iracundiae *repentinus* furor, quem hic suppono, ultro talem inquisitionem reprobat, et contra *quemcumque* quaecunque ratione jus vindictae indulget. Certe Carolus V. nulla harum circumstantiarum mentione facta, *indefinite* misero succurrit, adeoque cum eo in omnimoda impunitate acquiescendum. Denique VIII) quem *excessum* leges in aliis causis agnoscunt, quoties conditionibus praescriptis non ex omni parte satisfactum, sed in alterutra peccatum, is aeque hic in censum venit, et aliqualem transgressionem, quae poenam arbitrariam producit, involvit,

si deprehensio in amplexibus lascivis non contigit, aut saltem indicium coitus *proximum* non adfuit, aut sedato irae affectu reus extrema contra adulterum tentavit. Ipsa poena arbitraria excessui propria *relegationem* non facile excedit, de qua praejudicium habes apud WERNHERUM *P.* VII. *Obs.* CLXXVIII. Pendet tamen jus a circumstantiis, imprimis tunc, si adulter non quidem in coitu deprehensus, sed de injuria illata tantum suspectus, trucidatus, ubi secundum gravitatem vel levitatem argumentorum, quae admodum verisimile, vel remotum judicium subministrant, de poena judicandum, eaque sine injuria ad corporalem extendenda, si thori sui vindex *vana* et *fallacissima* opinione abreptus, et sic ausu *temerario* in miserum debachatus fuerit, ceu non diffitetur LEYSER *c. l. Med.* XVII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LII. N. 41.

Historia poenae adulterii in Latio.

Qui ita sentiunt, imprimis, auctoritate Justiniani in §. 4. *J. de publ. jud.* abripiuntur, parum convenienter autem monumentis antiquis judicant. Aliud definitum in *l.* 5. *de quaest.* quae solam *relegationem* legi Juliae vindicat. Multo clarius vero est testimonium PAULI *recept. sentent. Lib.* II. *Tit.* XXI. et TACITI *Annal. Lib.* III. *Cap.* XXIV. ut mirum sit, qui fieri potuerit, ut contra evidentiam facti legi severiorem vindictam affinxerit auctor. Omnis, quae huic delicto propria rigorosa coercitio serius invaluit, primum in *singularibus* casibus, sed incerto jure, paulo post *perpetua* legis definitione. De CARACALLA ex VALESII excerptis id probatum dedit jurisprudentiae decus NOODT *in Diocet. et Maxim. C.* XV. de MACRINO id testatur CAPITOLINUS *Macrin. C.* XII. quorum ille gladio, hic incendio in adulteras saeviit *privilegio odioso*, et sine lege *certa* ac *perpetua*. Hujus enim primum architectum fuisse CONSTANTINUM ad oculum demonstravit praeter NOODTIUM cit. loc. incomparabilis JCtus JACOB. GOTHOFR, *Cod. Theod. T.* IV. *p.* 296. Adhuc rigidiores fuere CONSTANTINUS et CONSTANS, qui nuptiarum sacrilegos *culeo* vivos insui, vel feralibus flammis perinde ac parricidas exuri voluerunt *l.* 4. *C. Theod. quor. appellat.* Tandem rigor a JUSTINIANO temperatus quoad *adulteras*, constitutumque, ut moecha, remisso capitali supplicio, *monasterio* includeretur, in quo, nisi maritus intra biennium eam ad connubium prius revocaret, detonsa per omnem vitam permanere jussa *N.* CXLIII. *C.* X. Atque hinc demum rigor capitalis supplicii ad fora nostra translatus, non vero auctoritate juris *divini*, quod mere forense est invectus, quicquid demum pro ejus vigore scripserit Ant. MATHAEI de crim. *Lib.* XLVIII. *Tit.* III. *c.* II. *v.* IV. cui abunde satisfecerunt STRUV. *de delict. C.* XII. *Obs.* X. et BERGER *in disquisit. Utrum a principe possit temperari poena adulterii, P.* 2.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LII. N. 48.

Jure Romano ac divino adulterium in nuptam tantum committitur. Notio adulterii hodierna.

Non possum hic subscribere Auctori, quem ad unum omnes deserunt. Confundit manifeste adulterii conceptum, qui Romanis familiaris cum eo, quem ex puriori Christi, Apostolorumque doctrina crimini hodie tribuimus. Satis clara sunt testimonia juris Romani, adulterium non nisi in *nuptam* committi, nunquam in eam, quae matrona esse non poterat *l.* 6. §. 1. *l.* 34. §. 1. *ad l. Jul. de adult. l.* 225. *de V. S.* Peccabat maritus cum *soluta* concumbens, sed iste ausus in solum *stuprum* incidebat, quin imo teste Tryphonino in *l.* 13. §. 5. *eod.* matrimonium violabat, *adulterium* vero prorsus non constituebat, quia per talem consuetudinem nulla *seminis confusio*, nulla *adulterinorum suppositio*, nullumque familiae dedecus contrahebatur, in quibus unice Romani rationem adulterii collocabant. Atque ideo *stuprum* non *adulterium* appellant, siquis *duas* uxores duxerat, quod superioribus principiis maxime consentaneum, *l.* 18. *C. h. t.* Nam si maritus cum soluta consuescens adulter non est, nec is, qui uxori aliam superinducit, adulteri nomen meretur. Quibus suppositis, omnia, quae Auctor pro probanda sua doctrina excipit, vel contorta, vel ficta sunt, vel ad petitionem principii pertinet, nec ulla solida ratione fulciuntur, quorsum quae *N.* LXII. LXX. LXXV. alias satis ingeniose proponit, refero. Nam aliud est, utrum Romani consuetudinem istam ad adulterium referre *potuerunt*, aliud an *reapse* eo retulerint, quod *facti* est, et e diametro pugnat cum notione praemissa. Unde quod pro salvanda *l.* I. *C.* allegat, vix stringit. Nam haec non modo *restringit*, sed prorsus *negat* mulieri *adulterii* accusationem contra maritum innuptae cohabitantem, quippe qui non sui ipsius thorum, sed illius tantum inquinat, cujus cum uxore rem habuit, et cui ex tali conjunctione sperandi liberi adulterini. Quare, quum ad uxorem nec praecipua injuria nec ratio legis pertineat, non mirum si ad *accusandum* maritum prorsus non admissa, quantumvis ad *separationem*, vel *injuriarum* ob *violatum* matrimonium recte egerit *l.* 8. *C. de repud.* Neque alia mens fuit juris divini, quo *Polygamia jure* fruebatur maritus, et ideo fidem conjugalem violare non credebatur, qui innuptam corruperat, aut cum meretrice consueverat Clericus *ad Exod.* XX. 14. Hoffmann *de dissensu juris in puniendo adult. C.* II. §. III. Latius adulterii conceptum extenderunt *Patres* in novo foedere ex doctrina Christi et Apostolorum, eumque in *violatione fidei* quaesiverunt. Comprobat hanc notionem introducta cum Christanismo *monogamia* cujus natura haec est, ut maritus *solitariam* fidem conjugi promittat, et sic ad *jus thori* amplius provocare nequeat, ad quod provocandi leges Romanae ac divinae tum ob *imperium* maritale domesticum, tum ob *polygamiam* permiserant. Quo facto,

quum fides illa *reciproca* sit, non potuere non JCti nostri aevi maritum cum *innupta* concumbentem *adulterii* damnare, ut ipse Auctor *N.* LII. observat, et late probat B. Parens *J. E. Lib.* V. *T.* XVI. §. XX. Atque haec principia post probavit jus Canonicum et ipse Carolus V. adoptavit *art.* CXX. ac comprobat praxis forensis *Cons. Tubing.* III. *Cons.* CCCIII. N. LXXIV. LXXXII. *N.* XV. *seq.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LIII. N. 27.

Caussae indulgentiae in sexu sequiori. Merito uterque sexus eamdem poenam expectat. Dissensus jurium Germanicorum in puniendo adulterio.

Silentium imperatoris effecit, ut interpretes circa caussam remissae adulteris sexus *foeminini* poenae capitalis, solliciti fuerint. Si legislator ad *fragilitatem* sexus, qua magis blanditiis adulterorum, quam sponte corruptae, peccare creduntur, respexit, vereor ut rationem elegerit, quae saepissime fallit, et facilius ad minus, quam magis frequentia pertinet, quum multae sint ultro procaces, et sollicitent potius viros, quam quae ab his sollicitantur, quibus condonare velle veritae libidinis expletionem, inconveniens videtur. Neque huic multo dissimilis ea ratio, quod in hoc crimine maritus magis *agere*, foemina autem saltim *pati* adeoque levius peccare videatur. Id enim facilius dicitur, quam concludens ratio esse probatur, imo repugnat reatui, quem vulgo in *confusione seminis* collocant, quique neminem magis quam personam patientem ferit. Quod ipsum L. B. de Cocceji movit, ut remissiorem mulierum poenam *rectae rationi* contrariam esse professus fuerit in *jur. Controv. ad tit. ad l. Jul. de adult. Q.* VI. Sunt quoque, qui gratia *Episcoporum* id sancitum perhibent, quibus aut *intempestivae clementiae* laudem affectantibus, aut KAKOXELIA quadam Salvatoris nostri seductis, summae curae fuit adulteria excusare ut ex Beza refert Ant. Mathaei *c. l. Tit.* III. *C.* II. *N.* III. Mihi nullius usus esse videtur anxia ista disquisitio. Sive enim huc, sive illuc recurramus, sive quod magis probabile, suggestu Theodorae mitius cum sequiori sexu actum fuisse, contendamus, jus satis certum est, neque haesitationi locum relinquit. Magis dubium, an moribus differentia ista obtineat, et an non mulieres hodie eamdem cum marito poenam subire debeant. Ita quidem visum Stephano *ad art.* CXX. CCC. Haunoldtio *T.* I. *C.* II. *N.* XCVIII. Nec sine ratione, si analogiam juris spectamus. Neque enim nobis, meliora edoctis, adulterium tantum est *violatio* thori sed *fidei conjugalis*, quae quum inter conjuges prorsus sit *aequalis*, merito aequali poena expianda, et inconveniens videtur, mutata definitione adulterii, pristino juri quoad sanctionem poenalem inhaerere, quae cum nova adulterii notione amplius subsistere nequit. Ipse Carolus V. juris recentioris principiis imbutus, adulterium nobis repraesentat, et idem juris esse ait, si maritus cum *soluta* concubit, quod in marito cum *con-*

jugata concumbente obtinet, ut ex verbis *oder die Persohn* colligo, certo indicio, eum in vinculi conjugalis aequalitate substitisse. Licet enim in fine articuli judicem ad jus *Romanum* remittat, ea remisso tamen secundum regulas interpretandi aliter accipi nequit, quam quatenus *notioni* adulteri *noviori* non repugnat. Repugnat vero, quoties ita explicatur, ut mulier, non obstante, quod *verum* adulterium committat, poenis *adulterantium* non puniri, sed in monasterium conjici debeat, id quod contradictionem involvit. Contra non repugnat, sed rei convenientissima est, si ita accipitur, ut poena adulterii, quae jure Romano *capitalis* fuit, ob adulterium *utrinque* commissum aequaliter locum habere debeat, maxime quum in *art.* CXXI. *C. C. C.* Bigamia ad adulterium referatur, bigamique *utrinque* facinus, instar adulterorum, morte expiare jubeantur. Ita vero ex hoc articulo modus priorem rite interpretandi desumendus est. Haec aut non intellexit, aut intelligere noluit Auctor, et dum ex supra dicta remissione ad jus Romanum, sibi persuaderi passus est, Imperatorem molliorem *adulterarum* poenam hic approbasse. Ejus vero in foro criminali auctoritas, et principium, quod in dubio in *mitiorem* partem pronunciandum, effecerunt, ut ubique fere in foro adoptata fuerit, et etiamnum a plerisque interpretibus defendatur poenae moderatio. Testantur id Classen *ad cit. art.* Beyer *ad eund. Pos.* XV. Berg. *El. Crim. P.* I. *p.* 129. Utcumque sit parum utilitatis ea disceptatio habitura est, postquam usus poenae capitalis, ceu mox docebo, in hoc delicto fere exolevit, et in iis locis, ubi rigorem leges adhuc prae se ferunt, tot effugia prostant, quorum ope cum adulter, tum adultera, judicem ad arbitrariam coercitionem fere semper flectere potest.

Scilicet in plerisque locis capitis supplicium aut abrogatum, aut nunquam receptum fuit, ut varia statuta Germaniae docent, quasi in hoc crimine humani vitii quid versetur, quod accusare aliquando facilius sit, quam vitare. Huic mori graviter indignatur Arnisaeus *de jur. connub. C.* V. *S.* III. *N*, XXXVI. putatque, quod nimis molliter adulteri vulgo tractentur, sed placuit plerisque *imbecillitatis* rationem hic probare quam *intempestivum* rigorem affectare. Jam Fichardus extra Saxoniam apud nationes plerasque poenam capitis exulare testatus est *Vol.* I. *Cons.* CXV. *N.* VIII. *Vol.* II. *Cons.* CXIV. *N.* VI. *Cons.* CVIII. *N.* VII. Neque veritate destituitur hocce testimonium quoad *Galliam.* An. Robert *rer. judic.* Lib. I. *C.* CXIV. et *Italiam* Clar. *Lib.* V. *recept. sent.* §. *adulterium. N.* VII. An autem in *Germania* idem obtineat, merito dubito, quum non paucis legibus rigor adhuc probetur, licet in plerisque locis mitiorem sententiam obtinere, non invitus concesserim. Sic *gladii* poenam minatur adulteriis masculini et faeminini sexus *Jus. Palatinum P.* V. *Tit.* XXX. et *Holsaticum.* Heimr. *Nortfris. Chron. Lib.* II. *C.* VII. *p.* 272. *quibus proximum jus Austriacum*, quo adulterium duplicatum, vel soluti cum conjugata, prima vice poena *corporali*, altera vero, habita ratione dignitatis personarum, *capite;* concubitus conjugati cum soluta vero *pecunia*, ob

tertiam reiterationem demum *fustigatione* coercetur, *Land-Gerichts Ordnung art.* LXXVI. §. VIII. Parum differt jus *Bohemicum*, olim capitis poenam imponens, quam tamen mitigavit JOSEPHUS *ordin. crim. art.* XIX. §. XXIV. et rigorem ad *duplicatum* restrinxit, reliqua adulteria arbitrarie punit. Similem rigorem olim servavit. *Jus. Magdeburgicum Cap.* LXIX. §. III. et *Borussicum P.* III. *lib.* VI. *Tit.* VII. nec non *Brunswicense*, secundum quod duplicatum capite in simplici conjugatus fustigatione, soluta persona relegatione coercetur. *vid. Ordin. polit.* C. VI. §. II. Paria jus *Wurtembergicum* in iterato adulterio sancit, licet prima vice commissum pecunia multet, HARPR. *Resp.* LXIV. *Idem Cons.* XIV. *N.* LIII. Severius est jus *Analtinum*, ex quo omne adulterium duplex utrinque gladio, conjugati cum soluta fustigatione, ac relegatione expiandum. *Analtische neue verbesserte Process. Ordnung. Tit.* XLI. cui congruit jus *Solmense P.* II. Paulo mitiorem sententiam continet *Lusaticum*, quod adulterum fustigatione punit, uxorem relegatione expellendam jubet, MYLIUS *ad Beyer. art.* CXX. *p.* 203. Sed etiam ejusmodi severitati multae leges nuntium miserunt, inter quas eminet *jus Lubecense P.* III. *Tit.* VI. *A.* II. quod in pecuniaria poena subsistit. Quumque ad normam ejus plures aliae leges compositae, non mirandum, sententiam illius late patere. In jure *Bavarico* hanc lenitatem observat KCHRAISERUS *inst. jur. Bavar. tit* XI. *p.* 298. *vid. Bayerisch. Land Recht Lib.* V. *tit.* IX. Geminum est jus *Tyrolense*, adeo ut tertia vice iteratum adulterium demum ad *superiorem* jurisdictionem referat FROELICH *P.* II. *Lib.* II. *T.* I. *N.* II. Ex jure *Herbipolitano* huc pertinet *const.* Jo ADOLPHI *de Anno* MDCXCIII. Jus *Dithmarsicum* poenam pecuniariam non egreditur, nisi quod in repetito corporalem substituat, *art.* CXXVIII. Idem de jure *Badensi* dicendum, *P.* II. *Tit.* XXIX. HARPR. *Cons.* XV. *in f.* ne non de jure *Friburgensi* HEIG. *P.* I. *qu.* XXXIX. §. LXXV. *Hamburgensi P.* IV. *A.* XXIX. *Hildesiensi* SCHRADER *de causis for. eccles.* c. I. *Tom.* II. §. XXIII. *lit. a. Mechlinensi* CHRISTINAEUS *in Comment. N.* I. *p.* 142. *Trajectensi* BRUKNER *decis. matrim. p.* 279. Statuto *Mindensi Lib.* III. *Tit.* XLVI. *A.* V. Similiter *Augustae Vindelicorum* carcere expiatur, a quo parum differt *Argentoratense jus. in append. Ordin. polit.* MDCXXVIII. Statuta *Mulhusana* itidem in *Carcere* subsistunt, ob reiterationem demum ad *relegationem* confugiunt, *Lib.* V. *art.* XXI. Plura dabit HEINECCIUS *jur. Germ.* II. §. CXCV, et passim alibi.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LIV. N. 28.

Error Auctoris in explicando speculo Saxonico. Jure veteri Germanico adulterium utrinque capitale.

Idem disponit *Jus. Alem. Cap.* CXIV. §. X. edit. BERGERIANAE *pag.* 201. junct. *C.* CXLVIII. §. XXVII. *p.* 228. *Ob ein Mann beyeines Mannes Weib lie-*

get, der Ehebrecher unde die Ehebrecherin sind beyde samt des Todes schuldig. Ob sie vor das weltiche Gericht komt, so soll man ihn das Haupt abshlagen, cui Meischneriana et Goldastina editio respondet. Unde iste locus non est ab aliena manu, licet in Codice kraftiano, quem Schilter exhibet, desit, quum sufficiat, speculum *Saxonicum* eadem prorsus continere. Ex hac convenientia recte colligitur, dudum in Germania inolevisse de capitali supplicio opinionem, et non tantum masculos, sed foeminas in duplicato *morte* scelus expiasse, antequam jus Romanum receptum, adeoque inanem esse doctrinam Auctoris, qui testum contra clara verba sollicitat, et stricte, ne juri communi refragetur, accipiendum monet, modo ut *foeminas* capitali supplicio liberaret. Prius enim verbis repugnat: posterius iis placere nequit, qui sciunt, jus *Saxonicum* non tam statuarium, sed ipsum jus vetus *Germanicum* esse, contra, Romanum non nisi in *subsidium* receptum, ut recte observat. Celeb Bauer *in progr. de verit. crim. Corp. delict. vocar. solit. in adult. p.* 13.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LIV. N. 63.

Maritus solutae cohabitans hodie extraordinariam poenam subit, quod taxatur.

Neque ea satis cohaerent, quae hic de concubitu *conjugati* cum *soluta* proponuntur. Rationem adulterii in fidei conjugalis fractione collocare, maritum in praesenti specie ejus reum facere et tamen secundum regulas veri stupri illum coercere velle, mihi tam contradictorium videtur, ut nihil supra. Fatentur omnes, de violatione *fidei conjugalis* non ambigendum esse, quoties maritus furtivos amores quaerit, et cum soluta consuescit, imo in adulterium tum incidere maritum Bluml ad *art.* CXV. CCC *Stephani eod. N.* IV. Harpr. *Cons.* XVI. Cujus doctrinae consequens est poenas adulterii hic applicare, ut non immerito urget Christinaeus *Vol.* I. *dec.* CC. *N.* XXXIII. Eadem est vox legis Carolinae, quae utrumque casum soluti cum conjugata, et conjugati cum soluta proponit, et in hoc eamdem poenam probat, quam priori praescripserat. Docent id *verba*: *Dass es auf gleiche Weise in dem Fall, so ein Eheweib ihren Mann oder die Person, damit er den Ehebruch vollbracht, beklagen will, gehalten werden soll,* ubi notandum 1) verbum: *person* ad *solutam* referri, ceu in Bambergensi sole clarius expressum, 2) proxime sequentia *damit er den Ehebruchvollbracht*, adulterii consummationem consuetudini cum soluta tribuere, adeoque non posse non verum adulterium supponere Grass. *Collat. J. R. cum. Rec. Imp. p.* 878. Qua ergo specie contra indolem criminis agnitam poenae *stupri* commiscendae? Argumenta sane eum in finem ab Auctore *N.* LVII allata non concludunt. Quod enim conjugatae capitalis poenae fuerit remissa *singulare*, et contra rationem definitum, id autem si extendere liceret, tota ratio adulterii perverteretur. Tum ratio ab insitione

stirpis alienae, ad fori *Romani*, non nostris juris ideam, quam de adulteris profitemur, pertinet, consequenter paradoxon decisionis firmare nequit. Denique refugium, quo verba finalia articuli ad accusationem tantum, non *poenam* restringenda vult *Auctor* X. *p*.LXII. nec non STEPHANI cit. l. et HAHNIUS ad WESEN *h. t. N*. XIX. cum ipsa lege pugnat, quae pro legitimanda accusatione ab uxore facta per rerum naturam provocare non potuit ad jus Latii, qua omnis *uxoris* accusatio improbata. Latet potius anguis in herba, et praejudicium juris Romani, consuetudinem mariti cum soluta ad instar stupri coercentis effecit, ut ex affectata ejus auctoritate a poena adulterii capitali recesserint interpretes, et non obstante adulterio vere agnito, ad poenas *stupri* confugerint, modo ut ne latum quidem unguem juris *Romani* idolum desererent. Tam male cohaeret jurisprudentia forensis, vitiis interpretum prorsus corrupta, quod ipse WERNHERUS *p*. X. *Obs*. CDL, agnoscit, et posita hypothesi juris Romani, non fustigationem, sed *relegationem*, quae demum *stupri* poena est, ad expiationem delicti contra doctrinam communem adoptandam esse docet.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LIV. N. 46.

Dissensus in Saxonia circa poenam mariti cum soluta concumbentis.

Quae dubia circa hanc speciem moverint JCti in Saxonia late recensent SCHILTER *Ex*. XLIX. §. XCVI. quorsum lectorem remitto.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LIV. N. 56.

Licet cuilibet judici inspectio proprii territorii incumbat, nec quisquam custodiam aliarum legum habere, nedum delicta forensia praecise vindicare teneatur, nullum tamen dubium est, quin legitima *facultas* cognoscendi, si velit, de delictis extra territorium commissis, deprehenso reo, ipsi competat. Forum id, quod reus penes hunc sortitur, *deprehensionis* audit quod rationes *communis utilitatis ac securitatis* legitimant, et ex hoc fundamento jus Romanum *l*. I. *C. ubi de crim*. calculo suo probat, quum omnium judicum inquirentium unus idemque finis sit, *utilitas* nimirum et *securitas* publica, haec vero per unum non magis, quam per alterum judicem obtineri queat. Hactenus itaque judex deprehensionis juris utilitatisque communis ratione facultatem suam cognoscendi et puniendi tueri potest, ut infra *Qu*. CX. pluribus docebo. Alia ab his prorsus diversa, est quaestio, quales leges in genere poenae definiendo, eum spectare oporteat, utrum nimirum poenas juris *communis* an *sui*, an denique ejus *territorii*, ubi delictum commissum? Qui prius defendunt, idem fundamentum definiendae *certae* alicujus *poenae* agnoscunt, quod *inquirendi* et *puniendi* facultati in *genere* proprium, quum tamen aliud sit, an judex forensis deprehensum reum

punire queat, et aliud, quam poenam eum irrogare oporteat? Prioris assertionem afflictae salutis communis ratio tuetur, posterioris decisio cum utilitate omnium publica nil commune habet, sed *propriis* rationibus constat, adeoque ex eo, quod jus commune definit, non repetenda est, quandoquidem utilitas publica nihil amplius praecipit, quam ut *justam* poenam reus subeat, non autem ut in jure *communi* definitum *praecise* experiatur. Leges *deprehensionis* qui in subsidium vocant, nulla ratione sufficiente nituntur, quia legum *forensium* legitima *ignorantia* reum satis securum reddit, et imputatio facti quae poenis sese exserit exigi nequit ad eas leges, quae reo haud praescriptae, sed juste ab illo ignoratae, quasque eumdem violasse, non constat. Superest itaque sola legum *delicti commissi* mensura, cujus observantiam in judicando cuicumque judici inquirenti schola communis imponit, teste Farinacio *pr. crim. Lib.* I. *Tit.* III. *Qu.* XXIV. *N.* CLIII. Hartm. Pistor. *Obs.* CLXVI. Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* XVIII. *N.* XXIV. Hert. *de collis.* LL. Quod eo magis probo, quo magis analogiae juris optime congruit, modo ex vera et genuina ratione repetatur, in qua eruenda non omnium eamdem diligentiam fuisse observo. Plerique *quasi contractum* hic sibi obrepere potiuntur, reumque, dum alicubi delinquit, se legibus loci subjicere, somniant, perinde ac in causis civilibus quoties quis *contraxit* vel *quasi contraxit* juris est l. 6. *ff. de evict.* Wernh. *p.* VII. *obs.* XLI. Verum uti alia ratio est obligationis, quae ex *consensu* oritur, et ejus, quae *invitum* ex *legis* dispositione stringit; ita inconveniens, caussarum civilium regulas ex solo consensu passim obligantes, ad crimina, invitos ad poenam sustinendam stringentia, trahere. Si ita ratiocinari liceret, non video, cur reus praevia *protestatione* contra obligationem legum alicujus loci interposita, dissensum declarare, ibi postea delinquere, et ita obligationi harum legum se subducere prohibeatur. Quod ipsum quum nemo sanus defendere ausurus sit, nec fundamentum quasi contractus concludens esse poterit. Rectius itaque illud in *necessitate subjectionis* quaesivi in *El. jurispr. crim. S.* II. §. XIX. *in not* qua invitus adstringitur ad leges loci, ubi degit, velit, nolit, observandas, et si ibidem delinquit, ad poenas substinendas, quas istae leges facto suo condignas judicarunt. Nam delicta in violatione legum consistunt, poena autem medium constituit, quo ista vindicatur. Posita ergo obligatione ad *certas* leges, ponitur quoque illud medium, quod istis legibus ad vindicandam earum auctoritatem est probatum. Jam cum ad leges, ubi quis delinquit, invitus obligetur, consequens est, ut illud malum subeat invitus, quod istae transgressoribus imposuerunt. Jus commune, ubi leges provinciae peculiares adsunt, per delicta proprie non violatur, quia ejus observantia est mere *subsidiaria*, et auctoritati legum particularium cedit. Omnis violatio itaque respectum habet ad leges loci *particulares*, et sic pro modudulo earum vindicanda ac expianda. Atque hac ratione in omnibus omnino delictis argumentari decet. Diversum in *adulterio* vel ideo obtinere censet Zigl *dicast.*

concl. XV. §. XLVIII. quod hoc in *thori violatione* consistat, ad thorum respectum habeat, et ideo ubicumque committitur, in foro thori terminetur, consequenter iis legibus subsit, quibus conjuges ibi reguntur, ubi in matrimonio vivunt, vel domicilium habent. Huic vero contradicit Wernh P. II. Obs. CDIV. et ad leges ejus loci, ubi *amplexus* libidinosi intercesserunt, judicem remittit, hac sola ratione, quod adulterium nullibi a *regulae* exceptum sit. Domicilium certe cum matrimonio nil commune habet, nec in adulterio ejusque consummatione quicquam mutat. Nam *thorum* conjugale seu *societas* conjugalis, cujus pacta per adulterum violantur, non *loco* certo includitur: sed jura et obligationes *ubique* locorum producit. Puniuntur adulteri quia *conjuges* sunt, non quia conjugium in *certo* loco profitentur, vel exercent. Praeterea adulterium non terminatur in hoc loco, sed in *persona* innocente. Idem prorsus obtinet in quacumque injuria, qua laeditur existimatio, *personae* non *loco* aut *domicilio* propria, adeoque si hic *verbis* committitur, secundum hujus loci leges punitur, etsi is in quem evomitur, et cujus intuitu in delictum degenerat, alibi commoretur. Unde sicuti is, qui domicilium ibi habet ubi adulterium capite punitur, alibi, ubi id pecunia expiatur, concumbendo pecuniariam poenam subit; ita vice versa, quoties ibi delitescit cum conjuge, ubi levior poena obtinet, sed alibi, ubi capitalis obtinet, adulterium consumat, severiorem poenam non effugiet, sive *inquisitio* in loco *delicti*, sive *deprehensionis* mota fuerit, ut recte judicat Harprecht *Cons.* LIX. *N.* LXXXVII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 16.

Intercessio innocentis ex jure Romano orta. Ad reliquias sacramenti non pertinet.

Ex jure veteri hic *reconciliationis* effectus vix probari potest, quo maritus *lenocinii* potius se reum facere credebatur, quoties adulteram recipiebat *l.* 8. *C. ad l. Jul. de adult.* uxor vero, si suspectum retinebat, hoc lucrabatur, ut ab alio adulterii accusari non posset *l.* 26. 29. §. 4. *ff. l.* 80. *C. eod.* Mitior Justinianus, marito, in monasterium detrusam ob adulterium mulierem, remissa injuria, sibi denuo copulare, sine nota, permisit in *Nov. C.* XXXIV. *C.* X. Qua sanctione moti interpretes, omnem adulterii poenam ob receptionem nocentis in thorum conjugalem remmittendam esse judicarunt, et innocentis intercessionem tamquam famosam poenae mitigandae caussam, ad forum traxerunt. Solum Brunemannum detinuit opinio poenae capitalis lege *universali divina* sancitae, ut remissionem istam improbaret, *de proc. inq. C.* IX. *N.* XXXII. cui tamen alii non subscripserunt, quin potius ad unum omnes, profligato istoc praejudicio, humanioris et verae jurisprudentiae conveniens esse judicarunt, hoc medium defendere, quod ad *restaurandum* conjugium pertinet. Ita tamen constinxerunt hanc *intercessionem*,

ut eam non nisi ob *instauratum matrimonium* admiserint, eumque in finem in *simplicem*, et *qualificatam*, ipso Auctore *N*.CXVIII.monente, distinxerit, illaque, tanquam simplici condonatione, improbata, hanc, si intercedens imposterum cum infido conjuge habitare, et una *cubare* decerneret, probaverint. Qua in re quum praeuntem habeant Justinianum, similem prorsus in modum de receptione ab innocente facta judicantem, parum accurate a nonnullis vellicantur, quasi reliquias *sacramenti* hoc ipso invexerint. Odelem. *de reliq. Sacram. in matrim.* §. XVIII. Offendit, qui ita sentiunt forsan clausula juris Saxonici: *dem Ehestand zu Ehren*, et ratio ab omnibus peraeque allegata, quod in *honorem matrimonii* poena capitalis ob intercessionem omittatur, quarum neutra tamen aliquid iniquitatis habet, sed utraque eo innocentior quo convenientior tum ipsi intercessioni, tum *rectae rationi*, quae arctissimi vinculi conservationem sollicite commendat, tum ipsi juri *Romano*, nihil aliud quam matrimonii *restaurationem* et concordiam conjugum intendenti. Neque enim nudae *condonationi* effectum liberationis a monasterio tribuit Justinianus, sed simul, ut viro denuo copuletur adultera, voluit, et ita unice restauratione matrimonii se motum fuisse, ut talia decerneret, docuit. Si ergo haec circumstantia jam in jure Romano fundata, sine ratione doctrina forensis a *sacramento* repetitur hoc solo, ex principiis juris *Canonici*, latius extensa, quod remissio *utrique* conjugi sit *aequalis*, nec ad *biennii* metas restringatur. Unde merito omne vitium ab intercessione innocentis abesse debet, quod sine solido fundamento nonnulli praxi judiciorum innuere, et tantum non omnia instituta ad reliquias pontificias satis contorta interpretatione referre solent. Illud vero leve, quod a non usu intercessionis in *aliis* delictis ad profligandum *matrimonii* favorem urgetur a Wicklebo *de favor. caussar. matrimonii nimio* §. XVII. quasi eo admisso, omnes aliorum delictorum poenae capitalis remittendae essent reis conjugatis, quoties socius thori conjugalis pro iis intercedit. Ratio diversitatis enim manifesta, et quod *praesenti* intercessioni cohaeret, *violatae fidei*, remissaeque injuriae fundamentum, tam *proprium* est *adulterio*, ut ad alia delicta transferri nequeat, in quibus nec *perfidia* committitur, nec *reconciliatione* opus est, adeoque nec, quae inde unice dependet poenae ordinariae moderatio, applicari potest. Majori cum specie suspecta fieri posset communis doctrina, si ad *solum* favorem matrimonii restringeretur. Id vero a nemine factum memini, quin potius, quotquot ad hunc provocant, eumdem cum *remissione* injuriae conjungunt, et receptionem in thorum pro argumento *seriae* reconciliationis adoptant hoc sensu, ut ea demum intercessio, quae ad restaurandum matrimonium comparata, effectum remittendae poenae producere, et eo respectu ex favore matrimonii repeti queat; sine ista restauratione autem usum habere non possit, vid. Leys. *sp.* CCCXIII. *N.* IX. Beyer *ad ff. Tit. ad l. Jul. de adult. Pos.* XX. *in not. lit. C.* Interim in applicatione plusculum so-

li matrimonio tribuitur, quam debebat, ut ex sequentibus patebit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 49.

Tacita remissio ex concubitu innocentis colligitur. Quidsi innocens ignoraverit vel praesumserit adulterium?

Firmissima est conclusio, quod conjuges post adulterium *scienter* cohabitantes in gratiam redierint, quam nec blandus sermo nocentis, nec ignorantia *juris* innocentis, qui *salvo jure* donec alter criminis accusaretur, se cohabitare posse, putavit, impedire potest, nec *protestatio* concumbentis, aut probatio *contraria* tollit, sed lex sustinet, ex qua ad instar *praesumptionis juris et de jure* valet, ut ex *l.* 13. §. 9. *ad l. Jul. de adult. recte infert.* Leyser *Sp.* CLX. *Med.* VII. Sola *facti* ignorantia innocentis, aut *fallax* nocentis persuasio, effectum cohabitationi demit, quum nec ignorans remittere, nec nocens dolo sibi jus quoddam acquirere queat. De eo, qui de pudicitia uxoris *dubitat*, et adulteram tantum suspicatur, sed probare nequit, non conveniunt. Ut plurimum tamen ei *cohabitationem* obstare sentiunt, nisi illico, ex quo suspicio nota, ab uxore abstineat. Neque fundamento destituitur haec sententia, quoties indicia non *levia* contra uxorem emergunt Wernh. *P.* VIII. *obs.* LXXVI. Difficilius vero usum habet, ubi *remotissimae* presumtiones prostant, et vanae populi voces caussam opinioni dant. Tunc enim saepe mussitare praestat, quam se temere ludibrio aliorum exponere, et rem incertissimam, aut ad judicium deferre, aut extra judicium individuam vitae consuetudinem rumpere, maxima si alia quam *criminis* admissi justa conjectura capi potest. Quod qui facit innoxium concubitum celebrando, nil remisisse censetur, licet ex post facto fractio fidei conjugalis detegatur, Griebner *de interc. conjug. in crim. bigam. c.* 1. §. XXXIX. Aliud tamen visum Wernhero *P.* I. *obs.* XLVI.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 55.

Praesumta remissio ex morte innocentis. Dubia contra eam.

Si pietatis ac bonitatis ratio, ad quam cum Auctore interpretes in hac specie, confugiunt, in partes vocanda, etiam tunc usum habebit *praesumta* remissio, si vel maxime defunctum injuriarum iniquissime tulisse, constat, vel innocens adhuc quidem vivit, sed per orbem terrarum *vagatur*, aut ob *furorem* dissensum edere nequit, uti observat Leyser *sp.* DLXXX. *N.* XXXVII. Ita vero plus justo indulgetur adulteris, quibus remissis, nisi ad effectum restaurandi matrimonii suscipiatur, prodesse non debebat, cujusmodi finis tamen in eo, qui in articulo *mortis* constitutus; vel *absentia*, aut *furore* impeditur, deficit. *Praesumtio*, qua nititur conjugis *mortui* remissio, nulla lege fundatur, sed *hominis* est,

nec tanta verisimilitudine constat, quin adversus eam ex fortioribus rationibus contrariis excipi queat. Taceo comparationem ejus cum actione *injuriarum* heredibus denegata, admodum vacillare, et sola hac ratione subverti quod alia sit conditio actionis *civilis*, qua heredes poenam *sibi* persequuntur, alia coercitionis adulterii, quae merae satisfactionis *publicae* causa comparata est. Unde quae in genere ex morte colligitur remissio, non tam veris *intercessionis* principiis, quam cerebrina *aequitate* nititur, et nimiam remissionis *extensionem* sapit, cujus non postremum est illud argumentum, quod contra limpidissima principia ne *protestationem* quidem innocentis, qui *morti* proximus, veniam diserte denegat, quidquam mutare in hoc articulo, tradant, vid. Berger *El.* crim *p.* 131. et hoc ipso non modo totam intercessionis rationem pervertant, sed, quod merum *beneficium innocentis* erat, *necessitatis* et juris communis vinculo constringant, ut parum absit, quin intercessionis jus ad *officium* judicis suppletorium sint relaturi. Nam frustra *praesumitur* consensus ejus, de cujus *contraria* voluntate constat arg. *l.* 40. *mandat. l. f. C. de negot gest.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 75.

Utrum mutuum adulterium vim intercessionis habeat cum distinctione explicatur.

Duobus modis contingere potest, ut praesens quaestio moveatur. Uno, si *diverso* tempore adulteria commissa judici deferuntur, et maritus idem beneficium, quod ante aliquod tempus ab uxore accepit, nunc eidem adulteranti *reciproce* praestat: altero quo, mota *simul* utriusque conjugis adulterii querela, sibi invicem *mutua* intercessione subvenire intendunt. Circa priorem nil habeo, quod contra efficaciam intercessionis moneam, quum delictum olim commissum, sed remissione sopitum, nec innocentem ad praestandum, nec nocentem ad acceptandum beneficium inhabilem reddat. Struv. *diss. crim. Th.* XXVI. quidquid dicat Ludovici *de intercessione innocent.* §. XXV. Brunnem. *ad proc. inq. c.* IX. *N.* XXXIV. Circa posteriorem distinguendum, utrum *communi* consilio libidini fraena laxaverint, nec ne? ibi ob *lenocinii* reatum remissiore poena indigni sunt, qui jus ignoscendi in *delinquendi* licentiam vertere non dubitarunt. Hic vero *molliori* supplicio omnino locus, non tam ob *intercessionem* reciprocam, quam ob delicti mutui *compensationem* ab ipso pontifice in adulterio agnitam *c. pen. et f.* X. *de adult.* quae licet interesse publicum non tollat, *mitigat* tamen poenam, quia

ratio hujus delicti *primaria* in laesione privata latet, qua sublata, id tollitur, ex quo delicti gravitas potissimum dependet Kress. *h.* §. V. *N.* IV. Accedit quod compensatio impediat, quo minus uterque propter exceptionem perpetuo obstantem queri de *injuria coram* judice possit: profligata autem facultate querendi, per se obligatio ad continuandum utrinque matrimonium fundetur, et sic ratio *restaurati matrimonii* sufficiens adsit, quam unice ob oculos habere debent, qui remissioni innocentis effectum legalem tribuere gestiunt. Paucis: restauratio in hac specie est magis *necessitatis*, quam voluntatis, quae circumstantia impedire nequit, quo minus matrimonium redintegratum effectus suos habeat, maxime quum utrobique favor matrimonii prorsus aequalis sit. Paulo aliter, et rejecta, quae sibi non ad palatum est, compensatione, de hac specie judicat Griebner. *c. I.* §. XXV.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 78.

Conditionata remissio defenditur contra Auctorem. Conditio, ne nocens in thorum recipiatur, nullius momenti est.

Parum, imo pessime cohaerent, quae de *conditionali* remissione docet Auctor. Nulla enim ratio movet, a juribus *promissionum conditionalium* hic recedere, et diversitatem fingere, ubi nulla subest. Harum natura est, ut obligationem *suspendat*, quoad conditio existet, hac deficiente eam tollat. Quidni ergo idem obtineat, si innocens pro nocente sub certa eaque licita ac honesta *conditione* intercedit? et cur contra indolem conditionis intercessio talis pro *pura* haberi, innocensque ad cedendum cogi, consequenter conditio, quasi *non adjecta* judicari debet? Barbaram et irrationalem hanc philosophiam merito vocat Leys. *c. l. N.* XXIV. qua *durissima* lex innocenti imponitur, isque invitus in partem poenae venire jubetur. Si quid est, quod in hac specie diversum suadet, aliunde repeti debet. Sunt videlicet conditiones duplicis generis: quaedam *substantiae* negotii, cui adjectae adversantur, quaedam non, in se tamen honestati haud repugnant. Illae secundum juris canonici placitum nihil prorsus actum fuisse evincunt, et totam obligationem promittentis infirmant. Beyer ad *ff. Tit. de R. N. Pos.* IV. hae existente conditione effectum suum producunt, alioquin promittentem liberant. Jam ponamus, intercessionem sub conditione, *ne nocens in thorum recipiatur*, fieri: hoc casu nil omnino actum, quum indoli restaurati matrimonii repugnet, tale quid admitti. Fingamus porro innocentem, se veniam daturum, spondere, si poena relegationis imminentis in *pecuniariam* gratia Principis commutabitur, aut si sibi, in domicilio permanere, licuerit. Hunc ab omni nexu solutum pronunciarem, si utraque post superioris contradictionem defecerit. Aut ergo intercedenti indulgendum, et sic poena adulterii submota, is ad restaurandum matrimonium obligatur; aut hoc non facto, sublata remissione,

nocens ad poenam capitalem rapiendus. Neque enim alterutra cum honestate pugnat, quum nemo vituperandus, qui dum administrationi et conservationi bonorum suorum subvenire satagit, sub illa conditione, si rei domesticae, in posterum incumbendi facultatem permiserit superior, pro nocente intercedit. Et quanta cum iniquitate, ne dum pietate tantopere ab Auctore *N. L.* defensa pugnat, innocentem, qui bona fide, et sui non oblitus, intercessit, cogere, ut nolens volens relictis latibus, munere, salario alique ac questu, solum vertat, et cum nocente altero civitate exeat? Multo minus ista conditio naturam *instaurati matrimonii* evertit, quia diversitas domicilii utriusque conjugis huic non omnino contradicit, nec *individua* conjugii consuetudo ad communem habitationem in eodem loco *praecise* restricta est sed frequentiori visitatione a conjuge absente ali et conservari potest. Par ratio mariti; sub stipulatione, de parte dotis *lucranda*, concordiam offerentis, quamquam vile et lenocinio non absimile videatur, turpis *lucri* desiderium cum *intercessione* conjungere, Gribner *C.* I. §. XXXVI. Quae cum ita sint, tuto argumentari licet, cum Wernhero *P.* III. *Obs.* XL. si ab *initio* ab arbitrio conjugum pependit utrum et sub qua honesta, ac possibili conditione matrimonium inire, an oblatam conditionem prorsus respicere voluerint, etiam eodem jure postea innocentis erit, an, et qua lege perfidum, a quo liberatus est, recipere velit? Neque aliud evincunt rationes decidendi ab Auctore allatae. Quae enim illatio? Constitutio Saxonica de intercessione *generaliter* loquitur, ergo quod in eadem de intercessione *pura* statutum, etiam ad *conditionatam* trahendum. Imo potius conditionata pro natura *promissionis conditionalis* capienda, quae *suspendit* obligationem, non eam *absolute* inducit. Si aliter accipitur, manifeste contra regulas *interpretandi* peccatur, quibus tamen convenienter quilibet legislator edixisse in *dubio* censetur. Porro, dum solam intercessionem non item migrationem e ditione causam mitigationis suppeditare perhibet, vera quidem asserit. Sed quid inde? Num ideo concludere licet: posita intercessione *quacumque*, poni quoque absolute, quae ei *ordinarie* cohaeret, emigrationis necessitatem. Si *pura* fuerit, fateor, hoc ratiocinium concludere, quia, qui vult antecedens, in *dubio* nolle potest *consequens*. Ast si *conditionata* fuerit, de qua hic quaero, argumentum claudicat, quandoquidem tum intercedens nil minus quam in migrationem consentit, nec voluntas ejus *dubia*, sed, satis certa ac *determinata* est, adeoque quum nemo ultra intentionem obligari possit, preces ejus prout factae, aut *admittendae*, aut tota intercessio pro *infecta* habenda. Certe obligatio intercedentis ex solo *consensu* oritur, non *ex lege*, quum talis lex, quae duram ejusmodi conditionem *omni omnino* remissioni imponeret, vix existat. Denique quod ait, *falsam* caussam intercessioni admixtam pro non adjecta haberi, a veritate tam alienum est, ut ni quis *promissiones* et *legata*, porro *falsitatem* et incompatibilitatem, tum *caussam* et *conditionem* manifeste confundere velit in hanc sententiam ruere per rerum naturam

non possit. Specialiorem refutationem horum momentorum subministrat SCHILTER *Ex.* XLIX. *Th.* XCIV. Facilius admitti temperamentum *Gribneri cit. loc.* §. XXXVI. vi cujus caussa hoc casu *ad principem* referenda, antequam *gravius* quid in adulteram statuatur, sive *ultimum* supplicium irrogandum, sive medium *eruendi* veritatem definiendum, quum multum intersit, scire, an non veniae superioris in hoc casu perplexo locus sit futurus.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 104.

Solus matrimonii favor sine injuria intercedenti illata non prodest.

Cum frustra intercedat, aut remittat, cui nulla *injuria* facta, apparet hanc speciem ad intercessionem male referri. Solius *matrimonii favor* hic movet, et seducit interpretes, ut in mitiorem sententiam pronuncient. Mihi saltim lex ignota quae matrimonio soli id indulgeret, et *purgatio* vitiorum antecedentium per *matrimonium*, ad quam vulgo recurrunt, in cerebro Jureconsultorum magis, quam rei veritate latet, quidquid dicat LEYSER *cit. loc. Med.* XXXVIII. Quin potius ex antecedentibus constat, matrimonii conservationem, etsi insignem partem ad producendam poenae remissionem ferat, per se solum tamen sine injuriae praecedentis remissione quoad hunc effectum inefficacem esse. Hac itaque exule, frustra de intercessione quaeritur.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 114.

Etiam in duplicato intercessio effectum habet. Quando in Saxonia? Quid si coitio cum eadem adultera iterata sit.

Duplicatum adulterium, ut nocentis concubitus innocenti injuriosus esse desinat, nec efficit, nec matrimonii restaurandi spem tollit, adeoque recte de jure *communi* huc trahitur, quantumvis *gradum* injuria majorem contineat, cujus non tam, quam injuriae *generatim* hic ratio habetur. Nec video, cur GRIEBNERUS *Nov.* CXVII. ab Auctore allegatam huc pertinere neget. Pertinet utique quatenus in ea tota ratio intercessionis latet et injuria innocenti cum in simplici, tum in duplicato adulterio inferri, restaurato matrimonio vero iterum aboleri potest. Aliud jure *Saxonico* constitutum, quod ob concurrens scandalum *stricte* vulgo interpretantur, et intercessionem in duplicato tunc demum admittunt 1). si uxor *meretricio* more vivit, vel maritum deserit, RICHT. *Vol.* I. *p.* V. *C.* XIII. STRUV. *obs. crim.* V. *c.* XII. 2) si adulterium non *consummatum*, WERNH. IX. *obs.* CCXXVIII. 3) si de corpore delicti ex utriusque *confessione* non constat, IDEM *P.* VIII. *obs.* CCCXXV. De eo dubitatum video, qui, vivente uxore cum ea *denuo* congreditur, quacum ipse olim

solutus adulterium commiserat. Nam adultera ista, jam foedifraga facta, per fictionem juris pro *soluta* habetur, ut duplicati adulterii respectus hic exulare videatur. Sed *fictionis* contra rei veritatem, qua in *matrimonio* vere vivit adultera, nulla habenda est ratio, nec *duplex* dolus adulteri, post matrimonium initum congressum cum adultera repetentis ipsi tantopere prodesse potest, quum alias melioris conditionis foret qui *saepius*, quam qui *semel* cum conjugata consuevit. Quare remissionem secundum indolem *duplicati* adulterii in hac specie rejecerunt Jenenses apud Schilterum *cit. loc.* §. XCV.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 126.

Intercessio soluto quoque prodest. Auctor contra adversarios defensus.

Late contra Carpzovium disputant Brunn. *de proc.inq.*C.IX.*N.*XXXVI. Gribn. *c. l.* §. XLIX. Stryck. *U. M. Tit. de Transact.* §. XV. tum quod dolosa adulteri *sollicitatio*, in qua fundamentum mitioris supplicii adulterae post remissionem imminentis, latet, ei proficuum esse nequeat, tum quod gratia in honorem matrimonii, adulterae a marito facta, in hujus persona terminetur, ad adulterum prorsus non pertineat. Utraque oppido falsa est. Nec enim magis sollicitatio adulterii quam tantopere laudatus matrimonii favor adulteram rigori subducit, sed sola *remissio* innocentis cum spe restaurati matrimonii facta quae, etsi adultero *per se* non communicetur, *per accidens* tamen prodesse debet, ne quod uni *intolerabile*, alteri ejusdem delicti socio *derisorium* immineat supplicium. Hinc sola *inconvenientia* me movet ut Auctori subscribam, non lepidarum rationum convictio, quas *N.* CXXIV. profert. Multo minus argumentum, quod ex Haunoldtio repetit Froelich. *P.* II. *p.* 253. stringit, quod ita is, qui poculo amatorio conjugem pellexit, aeque cum hac ejusdem fortis esset futurus. Nam hocce factum non merum adulterium constituit, sed in *veneficium* degenerat, non inique in illius persona graviori malo vindicandum, secundum regulas supra *Qu.* XX. allatas. Interim etiam hic vulgo *matrimonium* misero commendant, qui contrarium sustinet, modo ut caussam habeant, ex qua *favor* matrimonii ipsi communicetur, et is hoc praetextu poenae capitali subducatur. Gribner *c. l.*

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM LV. N. 130.

Nec innocens revocare intercessionem, nec nocens supplicium capitale optare potest.

Similem casum ex Beckmanno refert Griebner *c. l.* §. XLVIII. cujus decisio ab eo, in cujus gratiam id jus quod ex remissione fluit, introductum, pendet. Equidem pro *no-*

cente allegari posset, ejus conditionem effectu spectato fieri meliorem. Vice versa, de solatio *innocentis* hic tantum agi, indoles ac finis indultae remissionis inferre videtur. Difficillimum utique judicatu, cujus favor praevaleat, et quae declaratio attendenda? Mihi sufficit, *utrumque* a restauratione matrimonii, cujus caussa hic agitur, *participare*, adeoque non magis innocenti *revocationem*, quam nocenti *dissensum*, ad impediendum effectum legalem permitti, ne salutaris legum sanctio a pervicacia alterutrius pendeat. Accedit quod, quum adulterium non *ipso jure* solvat matrimonium, sed tum demum si innocens desuper queritur, *l.* 11. *ad l. Jul. de adult.* utique haud injuste judex cogat adulterum ad servandas, quas servare cupit innocens leges matrimoniales, rejecta poena capitis a nocente optata, quo argumento utitur Rhez. *de intempest. miseric. c.* II. *N.* LXIX.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LVI. N. 35.

Concubitus cum desponsata non adulterium est. Ejus vindicta. Utrum remissioni locum det?

Etsi *fidem* a *desponsatis* sibi invicem deberi, et per concubitum alterutrius frangi, nemo temere negaverit, *adulterium* tamen committi, inde non conficitur, quum hoc ad *summum* fidei gradum, qualis inter *conjuges* demum cernitur, tantum pertineat. Dici ergo ista fractio fidei sponsalitiae in sensu *laxiori* quidem potest adulterium: sed revera, et effectu spectato tale non est eoque sensu accipiendae, quotquot leges Romanae desponsatis reatum adulterii affingunt. Quumque incivile sit, tantopere *distantes* violationes ad *unam* eamdemque regulam exigere, nec poena eadem hic locum invenire poterit. Equidem juris *divini* acriori vincula fuisse, ex *lapidationis* supplicio discimus, quod *nuptis* aeque, ac *desponsatis* imminebat *Deut.* XX. 23. Selden *de uxor. hebraea lib.* III. *Cap.* XI. Sed quum haec legislatio mere *forensis* sit, nil ad nos pertinet. Magis dubium, utrum jus *Romanum* eamdem capitis poenam in desponsatis servaverit? Id quidem defendere conatur Ant. Mathaei *Lib.* XLVIII. *Tit.* III. *c.* II. *N.* XVII. *ob l.* 7. *C. de adult. l.* 13. §. 3. *ad l. Jul. de adult.* sed perperam, quum non sequatur, vindicari adulterium etiam in sponsa: ergo *gladium* ultorem locum habuisse, sicut in conjugata. Denique *Carolina*, quae potior in criminalibus norma *des Eheweibs* et *Ehemannes art.* CXX. ubique mentionem facit, *desponsatorum* non meminit, et sic secundum notissimam regulam, quod poenalium, maxime ubi atrocitate se satis commendant, *stricta* sit interpretatio, ad concubitum desponsatorum vix trahenda, sed is *leviori* poena coercendus, plerumque carcere Berger. *El. crim. p.* 141. Interim quum in plerisque matrimonii et sponsaliorum ratione vinculi, et injuriae non multo dissimilis sit ratio, non immoror iis, quae in quaestione de *remissione* poenae Auctor a conjugatis ad solutos late protulit, quum valida utique sit a majore ad minus argumentatio.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LVI. N. 90.

Intercessio innocentis desponsatis prodest.

Idem observat RICHT. *dec.* LXXXVIII. *N.* XC. nec immerito, quum dispositionem juris Saxonici *strictissime* accipiendam esse, aliquot exemplis *obs.* VII. Qu. praeced. docuerim. Unde utrique desponsatorum innocentis preces prodesse debere, aequitas postulat, aeque ac de conjugatis dixi.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LVII. N. 21.

Coitus cum muliere vulgari excusatior. Hodie non interest sciverit, an ignoraverit ejus conditionem.

Quum adulterium olim non nisi in *matrem familias* committeretur, ratio prostat, cur concubitum cum *vulgare* ac *meretricio* more vivente, ad adulterium proprie haud retulerint, quarum neutra nomen *matrisfamilias* merebatur, licet interpretes ea de re varie sentiant, et mirum in modum de conciliatione *l.* 13. §. 2. *h. l.* 22. 29. *l. ad l. Jul. de adult.* inter se disputent, TITIUS ad LAUTERB. *Obs.* MCCCVIII. MATHAEI *c. l. c. l. N.* VI. Haec philosophia vero prorsus non quadrat ad principia veriora adulterii moderna, secundum quae in sola fidei *conjugalis violatione* subsistendum. Adoptavit tamen ob atrocitatem poenae capitalis hanc philosophiam *communis* schola, et praeeunte Auctore nostro hodienum in mitiorem partem pronunciat, quoties alterutri hoc vitium objici potest. Cujus rei hanc allegat rationem TITIUS *in jure privato lib.* VI. *c.* VIII. quod tantus dolus in eo non cernatur, qui cum uxore passim se prostituente commiscetur, quam qui nuptas, caste alioquin viventes, persuasionibus in amplexus pellicit, et ideo *probabilis* ratio quod, levioris commatis sit ista consuetudo, eum satis excuset. Neque diffiteor, multum ponderis huic ratiocinio inesse, et facilius tolerari posse praxin forensem, si huic casus specialiores superstruerentur. Sed alia est sententia practicorum, qui doli non habita ratione mulierem vulgarem pro *soluta* habent, et hac ex ratione eum, qui cum illa consuescit, sive istam circumstantiam *sciat*, sive *ignoret* ab adulterii reatu eximunt.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LVII. N. 26.

Coitio soluti cum muliere vulgari.

Aliter sentire videtur BERG. *oeconom. jur. p.* 822. *N.* VII. *ob. Decis.* LXXXII. quae tamen non de eo casu agit quo maritus cum aliena uxore, sed vulgari rem habet, ubi propter *thori violationem* a marito susceptam poena ordinaria definitur, ut verba docent *indem der Mann*

seinem Eheweib treuloss wird. Ea vero ratio cessat in casu, ubi solutus cum foemina ab aliis jam cognita concumbit, observante Wernh. IX. *Obs.* LXXVII.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LVII. N. 78.

Nominatio primi adulterii ab adultera facta quatenus posteriori prosit?

Admitto hanc sententiam, si nominatus primus adulter aliunde *suspectus* est, eumque indicia *proxima* de adulterio per se gravant, quia tum confessio adulterae supplet defectum *ejus* probationis quae ad effectum *liberationis* efficax est. Alioquin si aut nulla, aut leviuscula argumenta ei, qui ab adultera nominatur, obstant, rationem non video, cur *nudae* assertioni indulgendum, et ideo cum praesenti criminis reo mitius procedendum, ne alioquin in mero adulterae *arbitrio* sit, isti grave, vel leve supplicium parandi. Unde ejusmodi mollioris poenae lusum nec recta ratio probat, nec leges nostrae admittunt.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LVIII. N. 29.

Absentia non desertio innocentis adulterium mitigat. Desertio ab adultero caussata ei non prodest. Ad quod spatium temporis absentia restringenda? Adulterium durante desertionis processu.

Vulgo quum de mitiganda adulterii poena, ob *absentiam* socii conjugalis, quaerunt, *malitiosa desertionis* mentionem faciunt, ob praejudicium quo ex doctrina de *divortio* innutriti. Enim vero dolus et malitia desertricis nil commune habet cum hac mitigandi caussa, nisi quod probato dolo tanto *minus* delinquere et sic *mitissimam* poenam desertis adulterantibus imponendam putem. Naturae humanae *infirmitas*, et donum *incontinentiae*, dum reus ustionis remedio se destitutum videt, *caussam* suppeditat, cur a rigore hic recedendum sit, ut ipse Auctor *N.* XXXVIII. ratiocinatur: non sola circumstantia, quod pro *soluto* habeatur, quae *desertioni* malitiose tantum propria, licet ex hoc praejudicio inter catholicos, quibus vinculi dissolutio est ignota non admitti hanc exceptionem putet Froelich *p.* 250. Mallem itaque *absentiam* conjugis *in genere* huc referre, quod etiam fatetur Leyserus *sp.* DLXXX. *N.* XVI. qui desertionis appellationes hic paulo latius sumi, qui nimo involuntariam vel laudabilem, sed paulo *diuturniorem* absentiam huc pertinere, tradit. Ego id solum spe-

ctari debere existimarem I) utrum adulter dolo vel culpa desertioni, vel absentiae conjugis *occasionem* dederit, cui improbitas praetextu istius fugae commissa nullo modo patrocinari, sed promeritum supplicium *capitale* imponi debet. Huc etiam refero maritum, qui uxorem thorum conjugale ingressuram repulit, et ad desertionem adegit, postea autem cum alia consuevit, quod factum nullo colore defendi potest, licet in simili specie aliud visum scabinis Lipsiensibus, teste Carpzovio *Dec.* CLXXXVII. Facilius excusarem foeminam ad deferendum hoc modo *compulsam*, si postea in proprium corpus peccaverit, qualem casum respondit Ordo Wittebergensium apud Wernherum *P.X.obs.* CCLVI. II) Ipsa absentia quoque moderanda, nec cujusvis *brevioris*, sed ejus demum temporis admittenda, quod *incontinentiae* palladium *probabile* reddere potest, de quo judex arbitrabitur. Temporis *tractum* utique desidero, quoties absentiam socii praetexenti subveniendum; ne alioquin cuilibet integrum sit, arrepto hoc palliamento, vinculo conjugali se eximendi, et ipsas leges turpi facto eludendi, quod salva justitia admitti nequit. Illud quaesitum memini, utrum necesse sit, ut deserta *conquesta* fuerit, desertionem male tulerit, desertoremque citari petierit? Id aliquando objiciebat uxori fiscalis in specie ordini nostro hoc anno oblata, caussatus ad dissolvendum matrimonium non sufficere adulterium, aut desertionem, nec ipso jure, sed mediante processu id dirimi, mansisse uxorem, hoc neglecto, ad fidem conjugalem obligatam, adeoque ob ejus fractionem supplicio capitali non esse subducendam. Sed nihilominus veniam dedimus adulterae et adultero, tum quod de malitiosa desertione satis ex *actis* constaret, et sic *caussa divortii* adesset, quam solam jus Canonicum ad *dotis* privationem, et sic ex rationis paritate ad leniendum *supplicium* sufficere existimavit *c.* 4. X. *de divort.* tum quod *incontinentiae* allegatio illi suffragaretur; tum denique quod in dubio *benignior* interpretatio contra durum capitis supplicium capienda sit. Atque ita in simili specie pronuntiarunt *Altorfini JCti Vol.* I. *Cons.* VI. Hoc tamen facile concesserim; multo leniorem esse poenam ejus quae pendente *desertionis* processu, quam quae eo nondum moto libidini frena laxavit, cui non relegationis sed carceris poena imminet, docente Bergero *El. crim. suppl. Obs.* CXLII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LVIII. N. 69.

Nocens a successione innocentis exclusus: uxoris et mariti eadem ratio. Privatio lucrorum dotalium ob adulterium, vel desertionem. Quid si divortium in contumaciam decretum, quatenus privationi locus sit?

Duplici modo conjux adulterans lucro matrimoniali ac dotali privari potest, uno, si innocens moritur, et sic de *successione* agitur, altero si vivit sed *divortium* urgetur. Hic quaestio de successione proponitur quae satis decisa *c.* 10. X. *de con.*

suet. Cum enim in Gallia consuetudo esset; ut de *acquestu* conjugali *medietatem* post mortem quilibet socius participaret. *Capital. Lib.* VI. 69. *apud* Baluz. *T.* I. *p.* 776. consultus pontifex, an idem quoad adulteram obtineat? *negativam* propugnat, qua sanctione moti omnes uno ore tradunt adulteram lucro *statutario* esse privandam, idque ad *heredes mariti* innocentis esse transferendum, Coler. *P.* I. *Dec.* CLXXVI. Sande *Lib.* II. *Tit.* V. *def.* VII. Heeser *de commun. bon. P.* II. *loc.* XVI. *N.* CCCXXI. Mev. *ad jus. Lub. P.* II. *Tit.* II. *art.* XII. *N.* CDVIII. *Desertionis* autem et *adulterii* eadem est ratio, quum utrobique *fides conjugalis* laedatur, adeoque dispositio de hoc ad illam merito trahenda. Unde non moror disputationem, an idem quoad maritum obtineat? Is enim aeque in *legem matrimonialem* peccat ac uxor; cum fides conjugalis sit *reciproca*. In casu adulterii de eo dubitat Hartm. *Pistor. obs.* CCXIV. *N.* IV. quod privatio tanquam *odiosa* restringenda, non extendenda sit. Sed cum omnis privationis *unum* ideinque sit fundamentum, hoc est, *delictum*, consequens est, ut quoties ad maritum id transfertur, non tam *extensio* suscipiatur, quam ex jure communi explicatio et interpretatio legum *declarativa* trahatur, Goeddeus *Cons. Marp.* III. *C.* XXVIII. *N.* CXCVII. Modo, quod ubique supponendum, innocentem injuriam ad animum revocasse, et sine *reconciliatione* mortuum fuisse, constet. Hac enim intercedente, non magis ea petitio, quam alia actio *injuriarum* heredibus comparata, quum utraque *morte* tollatur, Mev. *P.* VII. *dec.* CLXIII. et sic successio salva maneat. Iisdem fundamentis incedendum, quoties de marito deferente quaestio movetur. Quae de privatione *successionis* dixi, multo magis obtinent viventibus conjugibus intuitu *lucrorum dotalium*, ubi innocenti marito dos, uxori donatio propter nuptias cum dotalitio *c.* 4. X. *de donat. inter. vir. et uxor.* utrique *portio statutaria*, quam nocens ab intestato habiturus fuisset, cedit, *vid. Qu.* LXIV. *N.* XLIV. Neque ad rem facit quod. c. l. cum aliis legibus juris Romani de solo *adulterio* loquatur, quod movisse videtur Lynckerum *cent.* IV. *dec.* 328. ut privationis lucrorum in casu *desertionis* nullam rationem habuerit. Nam diversitatis ratio, et quod minor hoc casu violatio fidei occurrat, ante omnia probare ab eo debuisset, si huic exceptioni locus foret. Neque Mevius *P.* VII. *dec.* CLXII. audiendus, qui in eadem haeresi est, et ad sublatam in genere *privationem dotis* per *N.* CXXXIV. provocat, quum tamen eum jure *canonico* restitutam constet. Quo circa in alia omnia ivere Harpr. *Resp.* VI. *N.* LXXXV. Froman. *de realit. desert.* §. XLIX. Nicol. *de divort. P.* II. *Cap.* II. *N.* LXVIII. Wames. *ad jus. Civ. cent.* V. *Cons.* LXXVIII. Leys. *sp.* CCCXIV. *Med.* VIII. et hanc privationem aeque ad desertionem pertinere docuerunt. Certe jus *civile* privationis hujus fundamentum generatim in *culpa* nocentis quaerit *l.* 24. *C. de jur. dot. l.* 8. §. 3. *C. de repud.* Imo adhuc sub judice lis est, an non jus *canonicum in cit. c.* 4. praeter adulterium, desertionem malitiosam huc retulerit, in verbis: *aut propria voluntate a viro recesserit*, quae in Gallia ali-

quando ita accepta fuisse, docet Bastineller *de jactur. dot. ob malit. desert.* §. XIX. Id solum meminisse juvabit, poenam hanc privationis praecise ad *malitiosam*, non quamcumque, de qua *Obs. preced.* egi, desertionem restringi debere adeoque aliam esse rationem desertionis ad effectum privandae *dotis*, aliam ad effectum minuendae *poenae capitalis.* Ad illum *dolus*, et animus in posterum conjugi non amplius cohabitandi requiritur teste Mevio *c. l. dec.* CLXII. Ad hanc caussam fatuam, et sic absentiam solam conjugis sufficere antea ostensum. Quocirca nequidem dos auferenda mulieri, ubi *caussa* quaedam discedendi adfuit, et talis quidem quae dubiam uxorem reddere queat, utrum illaesa conscientia, et honestate in conjugio permanere queat. Etsi enim discedendo ante *judicis* definitionem peccet, non tamen eadem *gradu* peccat, qui intercedit si discessus fuerit *malitiosus*, et sine ratione susceptus. Ubi itaque delicta differunt, ita poenarum discrepantiam servare oportet. Mev. *c. l.* Plus difficultatis habet quaestio, utrum praesens indagatio quid relevet, si *sententia* pro divortio in *contumaciam* jam *lata.* Nam tum sola contumacia ad divortium, quod *majoris* momenti est, sufficit, quid ni ad privationem dotis, quae *minoris* praejudicii est, sufficeret? Ita saltim argumentatur B. Parens. *c.* 1. §. XXXII. Ego vero multum interesse reor, utrum ad divortium et lucrorum dotalium privationem contra contumacem *simul* actum, an rescisso prius ob contumaciam matrimonio, *postea* demum caussa privationis in litem deducta fuerit? illo casu mulierem contumacem non audiendam esse credo, quae quum imminentem sententiam sibi onerosissimam fore ignorare non potuit, in *latissima* culpa est, sibique eventum imputare debet, si caussam discessus, in se forsan justissimam, marito *re integra* opponere neglexit. *Hoc* vero supra dictae caussae eam non feriunt, cui quo *acceptior*, propter inexcusabiles mariti machinationes, sententia divortii, eo *intolerabilior* est dotis amissio, jam demum in litem deducta, cujusque interest, caussam discedendi in *divortii* judicio sine *periculo* non allegandam, in caussa *dotis*, pro elidenda *malitia* desertionis, et avertendo, quod eidem intolerabile, dispendio, proferre. Atque ex his rationibus nuper subveniendum esse judicavimus uxori, cujus *opimam* dotem post rescissum in contumaciam matrimonium, *novo judicio* maritus aucupabat, sed de variis caussis inculpabatur, ob quas in re trepida consilium discedendi capere se coactum prior allegabat. Qua in re tanto minor haesitatio nos turbavit, quanto magis *anceps* est disputatio, utrum *privatio dotis*, tanquam *minus* ardua divortio cedere, et quae caussa ex his, *major*, quaeque *minor* haberi debeat *Conf. infr. Qu.* LXIV. *Obs.* I.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LIX. N. 20.

Quinquennalis praescriptio in adulterio.

Praescriptio caussarum criminalium in genere, et sic etiam delictorum *carnis* tota quanta, est juris *civilis Romani*. Hoc tempora *certa* quaestionis suscipiendae praefinivit, eamque post illa elapsa quiescere jussit. Jus *canonicum* quod nullum prorsus cum poenis criminalibus commercium habet, ea in re nil innovavit, *Carolinum* vero praescriptionem prorsus silentio omisit: ergo nullum aliud refugium nobis patet, quam ad jus *Latii*, quo in subsidium hodie utimur. Secundum hoc, sicuti in aliis delictis, ita in adulterio praescriptio est mera *exceptio*, qua ob lapsum temporis *cognitio* criminalis excluditur. Ipsum adulterium ergo nullo temporis lapsu desinit, sed sola *indagatio* ejus temporum cancellis inclusa est. Quum vero huic cohaereat *poena*, evenit, ut haec *per indirectum* simul expiret, ceu infra *Qu.* CXLI, pluribus docebo. Circa temporis determinationem non opus est, ut haereamus. Ea enim est legislatoris, et mere *arbitraria*, adeoque inconcinnum est, disputare, cur *quinquennium* hic praefinitum sit, licet nonnulli hic genio suo nimis indulgeant. Tempus autem *lex Julia* ad quinquennium restrinxit, quod hodie sequimur, etiam tunc, si adulterium inter *Judaeum* et *Christianum* commissum. Hertius *Resp.* CCCLXXXV. *Computatio* temporis maximam partem imitatur naturam praescriptionis in causis *civilibus*. In his aliquando quidem tempus *scientiae* terminum a quo constituit, regulariter vero omnis praescriptio a momento *negotii gesti* inchoanda. Hoc si transfers ad adulterium praescriptio computanda a momento *concubitus*, et quidem *ultimi*, si eorum plures cum eadem vel cum diversa persona suscepti, quia eorum quilibet in solidum adulterium constituit, sola *iteratio* vero poenam capitalem nec mutat, nec aggravat. Titius *jur. priv. Lib.* VI. *Cap.* VIII. §. XXVII. Unde oleum et operam perdunt, qui initium quinquennii vel a *primo* concubitu cum Clasenio petunt, vel ad *scientiae* momentum referunt, et neglecto regulari computandi modo ad extraordinarium delabuntur, ita vero et totamque rationem praescriptionis criminalis, quae mere *extinctiva* est, soloque lapsu temporis, nullo scientiae aut ignorantiae habito respectu, absolvitur, pervertunt. Thomasius *de praescript. Bigamiae* §. XIV.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LIX. N. 28.

Duplicatum attentatum in Saxonia quinquennio praescribitur.

Id jus ad *consummatum* restringunt, et quia a regula abit, in *attentato* duplicato *quinquennalem* admittunt Saxones, Wernh. *p.* 1. *Obs.* XL. Neque iidem conveniunt, utrum in simplici adulterio quinquennii praescri-

ptio fundata sit, ceu patet ex iis, quae tradit SCHILT. *Ex.* XLIX. *Med.* LXXXIX.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LIX. N. 40.

Praescriptionem in criminalibus judex supplet.

Sive *ipso jure*, ut quidem sentiunt, sive ope *exceptionis* post lapsum temporis praefiniti, adulterii reatum extingui asseras, perinde officium judicis *suppletorum* ad absolvendum reum se exerit, dummodo ex actis, et articulis inquisitionalibus constet, *quo tempore* reus libidinoso coitu sese commaculaverit? quia judici incumbit, secundum *acta* pronunciare et quae juris *communis* sunt, supplere. Hoc principium, ut decet, si adoptaveris, non opus est cum Auctore ad *defensionis* favorem recurrere, qui si veram decidendi rationem subministraret, ubique quoties judici de temporis lapsu etiam extra acta constat, evadendi viam porrigeat, quod tamen falsum.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LIX. N. 43.

Ignoratum a judice adulterium praescribitur.

Est haec praescriptio mere *extinctiva*, cujus naturae proprium, ut nec *titulum* nec *bonam fidem*, sed solum *temporis lapsum* requirat, consequenter nec *scientiae*, nec *ignorantiae* ejus cui objicitur, rationem habeat. RICHT. *P.* V. *Cons.* XXV. *N.* XI. Neque quidquam mutat quod judex de *stupro* hactenus contra reum inquirere coeperit, sed sufficit de *adulterio* non motam fuisse querelam. Utrumque enim crimen distinctum est, nec inquisitio ratione unius vim interruptionis ratione alterius habere potest. WERNH. *P.* I. *Obs.* XXIV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LX. N. 32.

Necessitas utriusque Correi confessionis rejicitur. Sententia Baueri examinatur.

Tota quae hac quaestione proponitur doctrina, ex *cerebrino* conceptu *corporis delicti* quod in adulterio supponitur, pendet. Collocant id in *seminis immissione*, quae licet erroneo fundamento nitatur, tolerari tamen potest. Verum errorem multo majore cumulant, dum *utriusque* concumbentis *confessionem* de ista consumatione requirunt, et sibi in hac illustranda et applicanda tantopere placent; ut plura absurda circa istam confessionem defendere non vereantur. Primus errorem impugnare coepit BERGERUS in *Elect. crim. pag.* 134. sed penitus profligavit WERNHERUS *in diss. de cerebrino conceptu corp. delict.* quam totidem verbis inseruit observationibus forensibus *P.* IV. *Obs.* X. Subscripserunt eidem tantum non omnes

JCti Neoterici et perversam jurium applicationem agnoverunt, sed *observantiam*, quam leges vicisse asserit LEYSER *c. l. N.* XLI. in totum tollere non potuerunt, solo temperamento contenti, quod hodienum sententiam auctoris circumscribere solent. Neque ego iis multum repugno, sed auctor sum, ut oblata *mitior* poena adulteris imponatur, non quidem ex persuasione de veritate hujus doctrinae, sed ob *duritiem* poenae capitalis, quae merito ob quamcumque levissimam caussam moderanda. Ex legibus nil habet, quod pro sua sententia allegare posset CARPZOVIUS. De jure Romano, subtracto licet per mortem reo, accusationem contra superstitem permitti, constat, quod posita necessitate *simultaneae confessionis*, fieri vix posset, *l.* 19. *p. ad l. Jul. de adult.* Cui licet reponi soleat, quod jure Digestorum poena capitalis, de cujus praejudicio hic unice agitur, nondum inoleverit; Jus Carolinum tamen, quod utique rigorem poenae probat, nihil quidquam, quod contrariae sententiae suffragatur, subministrat. Hoc ipsum potius eum docere potuisset, corpus delicti in quantum pro *natura* delicti cujuscumque erui potest, sufficere, adeoque in delictis *transeuntibus* nil amplius, quam majoris *verisimilitudinis* gradum requiri, ad effectum poenae *capitalis* imponendae, *Art.* VI. *ibi so viel nach Gestalt und Gelegenheit einer jeden Sache geschehen kan.* Cum itaque adulterium sit ex eorum genere, quae *sensuale* vestigium non relinquunt, acquiescere potuisset Auctor in *confessione* unius, talibus *indiciis* stipata, quae religionem judicantis non turbare, sed potius obfirmare possunt de veritate ejus quod confessione ista continetur. Et quam miserae sunt rationes decidendi *N.* VIII. allegatae? Prima et secunda in *Thesi* verissimae, in *hypothesi*, ubi *praesumptivum* corpus delicti sufficit, frigent; tertia vero jus *singulare* fingit, ubi nullum est, et sic petit id, quod est in principio. Quod porro de infirmitate *nudae* confessionis profert argumentum, tam imbecille est, ut vix responsionem mereatur. Cui enim unquam in mentem venit, reum aliquem ex confessione *nuda*, hoc est, vel *nullis* vel *leviusculis* indiciis stipata, condemnare? Nec in aliis delictis, nec in praesenti id quisquam defendet, adeoque non habet Auctor, quod rationem urgeat, de cujus veritate nemo dubitavit. Forsan in *applicatione* KRINOMENON latebit? Dum enim Auctor indicia violenta *N.* XIX. relata a proximis *N.* XXIII. expositis distinguit, et *priori* casu, concurrente confessione, satis de corpore delicti constare existimat, revera eam confessionem *nudam* pronunciat, quae non violentis, sed tamen *proximis* indiciis vallata. Ita vero nudi appellatione nòn modo ludit, sed etiam fallitur, cum absurdum sit id *nudum* vocare, quod eo verisimilitudinis gradu, qui *rarius* fallit, et *plerumque* crimen infert, munitum est. Imo potius id *non nudum* sed ea *verisimilitudine* constat, quae in *moralibus* haberi potest, et in foro criminali ubique sufficere creditur, quum *mathematica* veritas delictorum haberi nequeat. Instas: confitentem *errare*, et seminis immissione se defunctum credere posse, quum tamen vana simplicitate id tan-

tum putaverit, *vere* autem non fecerit. Quid ni vero eadem *facilitas* ex hypothesi vulgari (de consumatione adulteri loquor) in *correum* cadet? Si ergo *uterque* ad errandum aptus, certitudini nullum singulare pondus accedit, sive confessio *unius* adfuerit, sive *alterius* accesserit, sed ubique iisdem dubiis detinebitur judex, qui nimis conscientiosus, seminis immissionem, velut in *aprico* positam, requirit. Imo *cerebrinam* hanc incertitudinem esse, tum ipsum exemplum a Carpzovio *N.* XIX. allatum, tum, quam ei opposuit Wernherus, instantia a crimine *Sodomiae*, sole clarius evincit. Admittit enim Auctor unius confessionem, si mas et uxor in ipso naturali, ac reali coitu adulterino deprehenduntur, ut pudenda in pudendis obscoena in obscoenis posita sunt; salvis suis principiis autem admittere non potest, quum iis non obstantibus consumatio *fallere*, confessio rei sola *imaginatione* constare, et sic is errare possit. Quod si in hac specie nil prohibet erroris rationem habere, cur ejus tantum ratio habetur in aliis indiciis proximis. *N.* XXIV. relatis? Deinde in *Sodomiae* crimine confessio *duplex* haberi prorsus nequit; si vero unius confessio per se et *sua natura* tantam verisimilitudinem judici conciliare nequit, quanta ad poenas capitales requiritur, nunquam in hoc reatu sufficiens fundamentum, condignum supplicium reo imponendi, superesse potest. Nil dicam de pacto *daemoniaco*, quod, si vera foret, doctrina de incertitudine *solitariae* confessionis semper a capitali poena liberaret, quam tamen Auctor mordicus defendit. Solum effugium ejus ab *atrocitate* criminis istius desumtum parum proderit, quum recta ratio doceat, ut, quo *atrocius* est crimen, eo *accuratius* corpus delicti eruendum, eoque minus a regulis *ordinariis* recedendum sit. Tanto magis ergo praestaret, incertitudinem, si quae est, hic attendere, et cautius procedere, quod, quum Auctori nostro visum non sit, conficitur, totam de incertitudine solitariae confessionis indiciis proximis vallatae, corruere, et in criminibus *carnis* applicationem ignorare. Sed forsan res non adeo confecta, ut Carpzovius prorsus deferendus sit, postquam vir celeberrimus Joannes Gothofredus Bauer ejus defensorem egit acerrimum, et varia tela Bergeri et Wernheri doctrinae opponere tentavit, in programmate *Ann.* MDCCXXXVIII. edito *de verit. crim. perpetrat corp. delict. vocar. solita in adulterio.* Argumenta ejus huc redeunt: neminem dubitare posse, quin seminis immissio ad imponendam poenam capitalem requiratur; sufficere, quod unus *facilius* erret, quam duo, adeoque tanto *certiorem* utriusque quam unius confessionem esse judicem vero, *quantum fieri potest*, eruendae veritati studere, neo quidquam, quo certior facti veritas fieri potest, omittere oportere; denique instantiam a *Sodomia* petitam vel ideo non stringere quia *impossibilitas* duplicis confessionis eidem cohaeret, et sic per rerum naturam alia quam solitaria rei confessio haberi nequit, imo *atrocitas* facti indagationem seminis immissi vel non immissi ultro prohibet. Verum quod pace *Viri celeberrimi* dixerim, nulla vis concludendi his momentis inest. Prima enim petitionem princi-

pil continet, ut *Qu. seq. docebo.* Sed concedam tantisper, ex praejudicio vulgari, seminis immissionem ad consumationem pertinere, an ideo, quae in altera ratione urgetur incertitudo, judicem detinere potest, ut, nisi *utriusque* concumbentis conspiratio adsit, de *corpore delicti* dubitandum sit? Fateor, quo *frequentior* circumstantiarum consensus occurrit, eo *fortiorem* verisimilitudinem adesse. Admitto *novam* circumstantiam, post alterius correi confessionem *priori* confessioni accedere. Sed *necessitatem* tam scrupulosa ac superflua indagatione defungendi nego, quoties talis *veritas* adest, quam leges ad constituendum corpus delicti *sufficientem* constituunt. Talis autem utique occurrit, si reus *indiciis* consumati concubitus gravatus, de hoc pure, et quantum natura rei admittit, ex ratione scientiae deponit, et conspiratio ista momentorum cum confessione tam firma est, tantamque verisimilitudinem huic conciliat, ut, licet *aliquando* fallere possit, non magis tamen dubium reddere possit corpus delicti quam leges incertitudine quadam moventur, quoties intuitu aliorum quorumcunque delictorum in probatione per *testes* facta, vel *confessione* rei *indiciis* adminiculata subsistunt, etsi *fallacem* utramque esse, et saepe pluribus *adminiculis* fulciri potuisse, ultro agnoscant. Ponamus, reum per *duos* omni exceptione majores testes convictum esse, an de supplicio capitali dubitandum ideo, quod fallere testes hi possint, et tres vel quatuor adsint, quorum accessu multo verisimilior sit delicti veritas. Si corpus delicti ex *possibilitate* majoris lucis, vel consensu circumstantiarum, quae secundum possibilitatem applicari possunt, determinandum, nulla ratio apparet, cur leges post *convictionem* rei, *torturam*, qua validior veritas fieri potest, e medio sustulerint, quod tamen factum esse ex *art.* LXIX. apparet. Vulneris lethalitas inspectione cadaveris clarior fieri, et hoc modo suspicionibus sinistris multo evidentius obviam iri potest, si vel maxime quis in *continenti* spiritum emiserit: sed curiosam hanc indagationem, quasi abundantem cautelam non urget Carolina *art.* CXLIX. contenta, *repentinae* mortis genere, *immediate* vulnus subsequente, quod fieri non posset, si absque omnibus *possibilibus* mediis veritatem indagandi *moralis* certitudo locum non haberet. In hac ergo subsistere, quocunque crimine oblato, satius est, et hoc qui facit, lege praeeunte nititur, quae probat quidem, et commendat penitiorem inquisitionem, aliasque cautelas abundantes, sed non *jubet*, aut *necessitatem* imponit, quoties sine his tantum praestat, quantum ad moralem certitudinem sufficit. Neque ego, ut in *adulterio* utriusque confessio eruatur, adeo repugno, imo hoc fieri, inquisitione contra utrumque mota, probo. Hoc amplius correo *praesente*, immissionem negante, confessionem alterius dubiam reddi, et judicium ejus, qui sententiam laturus suspendi, non negaverim, eo, quod circumstantiae invicem pugnantes verisimilitudinem debilitent. Ast alia quaestio est, in casu, si ob *mortem* aut *fugam* correi vel plane non, vel difficulter haberi potest. De hac specie potissimum litem movemus, ubi de confessione *simultanea* quaeri-

mus, non de illa, ubi diligentia judicis per se supplebit, quod natura inquisitionis contra utrumque reum institutae requirit. Verum ubi *difficilior* correi est conquisitio, et sic indagatio positis *praesentibus* circumstantiis, certior fieri nequit, nihil est quod anxium judicem circa corpus delicti reddere queat, quum non ad *primum* verisimilitudinis gradum leges ascendant, sed ex *intermedio*, qui raro fallit, plerumque cum veritate convenit, judicem sapere jubeant, quod etiam contra Auctoris doctrinam observavit Brunnem. *de proc. inq.C.*X. *N.* VII. Ultima denique ratio infirmitatem ratiocinii prodit. Non quaero enim, utrum in sodomia ex *natura rei* haberi possit duplex confessio, sed an solitariae confessioni talis insit incertitudo, ut eidem fidere prorsus non liceat. Si enim hoc extra dubium, non potest non sequi, omnem de sodomia confessionem *fallacem* esse, non attento, quod natura obstet quo minus altera accedat. Incertitudo enim *ipsi confessioni* inesse perhibetur, cui anterior circumstantia ab *impossibilitate* mutuata, nil addit, aut demit. Denique, quod addit, in Sodomia seminis immissionis indagationem ex veriori quorundam sententia exulare debere, quoties constat, reum, si *potuisset*, nec *impedimentum* adfuisset, semen immissurum fuisse, in se manifestum est, sed praejudicio Doctorum vulgari, quibuscum hactenus KATANDROPON pugnavi, non conforme, adeoque ostendisse sufficit, eos, qui in sodomia seminis immissionem requirunt, et tamen ex sola rei confessione capitis poenam, exemplo Carpzovii, in hac probant, nihil agere, quoties adulterum sua confessione de consumatione delicti convictum, ob correi absentis vel mortui confessionem, tanquam ob incertitudinem delicti, a rigore absolvent. Plane ubi adulterium sola *pecuniaria* poena expiatur, operosa haec disputatio per se cessat, ut omnes fatentur, et speciatim de comitatu *Tyrolensi* testatur Froelich. *pag.* 252.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LX. N. 44.

Vis confessionis indiciis vallatae sive in tortura edita, sive extra eamdem.

Hanc limitationem non magis concoquere possum, quam integram de confessione reorum sententiam, hactenus expositam. Quid enim fidiculae confessioni aliud addere possunt, quam ut haec ex metu *cruciatuum* sit multo *fragilior*, et longe *periculosior*. Hunc metum indicia non tollunt, quantacumque fuerint, multo minus vim fortiorem confessioni sub tormentis factae tribuunt, eaque ex caussa, non attenta confessione sub fidiculis, facta, aliter olim pronuntiarunt Hallenses Scabini teste Richtero *Vol.* II. *Cons.* CCCLI. *N.* XVIII. Si quae efficacia indiciis tribuenda, ea non demum in ea confessione, quae *actu* tormentis firmata, quaerenda, aut ad eam restringenda, *simplici* vero, cui eadem quidem indicia cohaerent, fidiculae autem actu non accesserunt, denegari non debet, sed utrique, quoties indiciis vallata, communis est. Concedo

indiciis proximis vim juridicam ad effectum *condemnationis* inesse, quoties iis *confessio* accedit, et utriusque amica est conspiratio, a solis indiciis autem non magis quam a nuda confessione seorsim considerata fidem istam repetere decet. Id vero agit Auctor dum *N.* XLI. confessioni, etsi indiciis vallatae, nullam, indiciis omnem vim et efficaciam inesse perhibet. Unde recte WERNHERUS *N.* XCVI. idem ratiocinium, quod pro confessione sub tormentis facta allegat CARPZOVIUS retorquet, et si fides ex cohaerentibus indiciis repetenda, illam aequalem fore existimat, si eadem argumenta tempore confessionis spontaneae adfuerunt. Neque aliud ex ipsa constitutione *Saxonica* elici posse, sed sententiam eidem ab Auctore. *N.* XL. affictam regulis interpretandi prorsus adversari, satis docuit TITIUS *in jur. priv. c. l.* §. XV. Omnium minime confessionem liberam nimiae *facilitatis* et *impatientiae* accusare, eam vero, quae sub tormentis fit certiorem et magis *seriam*, ob indicia antecedentia proclamare, sufficit, cum celeberrimo BAUERO *c. l.* Nam ipsa ratio ab indiciis desumta, quae aeque concurrere potest, sive tormenta applicata sint, sive non, *diversitatis* rationem satis explodit. Qua propter is ipse huic limitationi parum fidet, sed etiam tunc, si tormenta confessionem extorserunt, judicem ad conquirendam *correi* confessionem provocat. Ita vero inanis est cautela, quam BERGERUS *El. crim. pag.* 135. commendat, ut reus nimirum mox fateatur, ne conquisitis postea indiciis ad torturam sufficientibus conditio ejus post extortam confessionem deterior fiat. Has enim et similes cautelas subministrare, idem est, ac legum sanctionem penitus eludere.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LX. N. 56.

Fictae confessionis nullus usus in caussis capitalibus.

En! novum argumentum *lubricae* certitudinis corporis delicti ex utriusque confessione quaesitae. Ex eo enim, quod correus absens in *bannum* declaratus, interpretatione juris omnia confiteri videtur, idem trahit Auctor *Dec.* XC ad eam speciem, qua mediante *proclamate* publico evocatus tandem pro *confesso* declaratus est. Utroque casu *fictam* confessionem idem operari, quod *vera*, ab Auctore arguitur, quod, nescio, an non argumentum omni exceptione majus sit, eamdem necessitatem reciprocae confessionis magis pro mero praetextu habuisse, quam in ea veram certitudinem corporis delicti quaesivisse. Hujusmodi indagatio longe alia exigit, quam quae meris *fictionibus* nituntur, nec vere existunt, sed extitisse per legem tantum arguuntur. Tricis inutilibusque dogmatibus itaque non immerito adnumero totam hanc CARPZOVII philosophiam, in quam paulo plenius inquisivi, non ut poenam *capitalem* in se atrocissimam et quantum fieri potest, restringendam, vindicarem, sed ut hoc exemplo ostenderem, quantopere jurisprudentia criminalis ab interpretibus corrupta, et quanta circumspectione

opus sit, ad hoc Augiae stabulum repurgandum.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXI. N. 13.

Cerebrinum corpus delicti in seminis immissione.

Vulgo consummationem adulterii in *seminis immissione* quaerunt, et inde *attentatum* determinant. An recte? alii viderint, qui non ex interpretatione forensi, solo auctoritatis praejudicio fulcita, sed veris ac concludentibus rationibus sapiunt. Mihi consummatio in *carnali copula*, quam sola *conjunctio membrorum genitalium conficit*, quaerenda, et sic attentatum tamdiu adesse videtur, quamdiu ad hanc nondum perventum. Non enim video, cur copulae carnalis appellatio convenire non possit ei, qui pudenda pudendis junxit, vere concutere coepit foeminam, licet semen nondum immiserit. Idem fateri cogitur Theodor. *Coll. crim. c.* VI. *aph.* II. *N.* VI. tametsi ex praejudicio vulgari ad poenam extraordinariam confugiat. Longe aliter ratiocinatur Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *tit.* III. *C.* II. N.X. *Utique*, inquit, *imperfectum scelus est si tantum intravit, si posuerit vestimenta, si conscenderit thorum: sed si etiam concutere coeperit, meo judicio stultum foret clementia huic poenam capitalem velle remittere, quum ipsa concussio polluat, ideoque pro perfecto scelere habenda sit.* Neque aliter Wernherus *P.* I. *Obs.* XLVII. judicat dum scribit, *formale adulterii in violatione thori conjugalis* h. c. *in copula carnali cum alio praeter conjugem consistit, et uxor una caro esse cum marito desinit, quam primum se ad aliam carnem adjungit, quod non minus fieri existimo, per simplicem concubitum, quam consumatum. Commixtio seminum magnitudini perfidiae, quae contra partem essentialem pacti matrimonialis admissa est, nihil quidquam addit, vel detrahit.* Haec testimonia tam plana ac evidentia sunt, ut interprete non indigeant, sed evincant, gravissimum errorem in foro triumphare, dum absque seminis immissione adulterium haud perfici, docent. Argumenta, quibus isthanc sententiam tuentur, valde imbecillia sunt. Verbum *vollbracht* enim, quod habens in *art.* CXX. *C. C. C.* ambigui significatus est, et aeque ad *quemcumque* congressum, copula carnali perfectum referri potest. Quod vero Auctor noster rationem in *supposito partu*, quaerit *P.* IV. *C.* XIX. *def.* XVIII. *N.* III. rem non conficit. Ea enim ad principia juris *Romani* pertinet, et tanquam *peregrina* a notione *hodierna* adulterii, quae sola *fidei violatione* absolvitur, aliena est; nec etiam trahi potest ad congressum conjugati cum *soluta*, quem tamen Auctor noster *verum* adulterium esse perhibet. Taceo, si hac ratione incedendum foret, *conceptionem* ad adulterium requirendam esse, sine qua metus iste inanis. Ea autem nuspiam ne quidem in jure Romano, ad formandum adulterium requisita. Quid multis? Ipse Auctor in stupro violento puellae immaturae *Qu.* LXXVI. *N.* XXX. quod crimen

carnis esse ipse asserit, *respectivam* h. e. subjecto convenientem consummationem admittit, et sic suo modo seminis immittendi necessitatem remittit, quod fieri non posset, si haec in delictis carnis de essentia foret.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXI. N. 20.

Impotentia antecedens non subsequens conjugem excusat.

Quod si impotentia *antecedit*, matrimonium est *nullum*, quod ad excusandum eum, cui ustionis remedium defuit, sufficit. Sin *supervenit*, tametsi nec nullitatis, nec divortii caussa adsit, *infirmitas* naturae humanae peccanti multum proderit. Hoc posito idem dicendum, si I) qui conjugem *decrepitae* aetatis habet, cum alia se commiscet, Wildvog. *Resp.* XXVII. vel II) uxorem, quae toto corpore *scabie* infecta, aversatur. Kress. *ad art.* CXX. §. IV. *N.* II. Difficilius III.) si maritus fuerit *frigidus*, qui ad generandum quidem ineptus, habilis tamen ad coeundum et satiandam uxoris libidinem.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXI. N. 23.

Non absentia sed denegatio debiti conjugalis adultero prodest.

Quid vero si maritus, uxorem debitum conjugale non petiisse, asseveret? Utique *denegatio*, semper praesupponit *interpellationem* factam. Neque enim denegatum dici potest, quod non petitum fuerit. Unde hoc casu mitigationem cessare, recte existimat Beyer *ad art.* CXX. *C. C. C. Posit.* XXIV. *in not.* Alia ratio est uxoris, intuitu cujus pro denegante habetur maritus, qui, cujus officium erat, uxorem, de debito conjugali interpellere, eam intactam reliquit Leys. *sp.* DLXXX. *Med.* XII. vid. Tropanegger *de mitig. poen. adult. ob denegat. concub.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXI. N. 47.

Dolus adulterorum scientiam conditionis illius, quocum coitio fit, supponit.

Quia dolus adulterantium in *proposito* vinculum *conjugale* rumpendi consistit, is non potest non scientiam *conditionis personae*, qua cum concubitus celebratur, supponere. Aliter si est, eamque masculus *bona fide* pro soluta habuit, *stupri* quod tantum committere voluit, reus

est, *c.* 5. *C.* XXXIV. *Qu.* I. Licet enim error in *persona* nil mutet, si *homicidium* commissum esse constat, id tamen non aliunde repetendum, quam quia homicidium perinde in *unum*, ac *alterum* commissum est capitale, et intentio homicidii *generalis* ad hunc reatum incurrendum sufficit, quod in praesenti casu secus, ubi ad formam adulterii non sufficit *conjugatam* fuisse compressam, nisi voluntas ad adulterium directa sit. Nam aliud est, uxorem *physice* adulterare ac corrumpere, aliud *moraliter* adulterum esse. Neque turbare nos debet, quod de animo *indirecto*, eoque, qui rei illicitae operam dat, ac ideo de eventu tenetur, supra dictum. Nam id ad eos casus, in quibus eventus *per se*, et non per *accidens* contingit, restringendum. Jam vero coitus cum conjugata *per se* intentioni ad stuprum directae *simpliciter* non cohaeret, nec omnis, qui stuprum meditatur, *eventualiter* in adulterium consentit, quum ad illud vana opinione *levioris* reatus facile trahi queat, a qua infirma conclusio ad intentionem adulterandi, et sola *gravioris* reatus persuasio plerosque, immo etiam eos ab adulterio cohibeat, qui alias in *stuprandis* puellis sunt facillimi et minus conscientiosi, Fichard. *Vol.* III. *C.* XXIII. Vice versa si adulterare volens fato incidat in *innuptam*, quam nuptam putaverat, ab adulterii poena liberatur. Neque enim sola *mente* delinquitur, si non de *facto*, a lege supposito, constiterit, dictum Hadriani vero: *in maleficiis voluntas spectatur*, ad legem *Corneliam* referendum.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXI. N. 57.

Vera ratio cur separatio quoad thorum et mensam reatum adulterii mitiget. Etiam nocenti prodest.

Non sola *naturae infirmitas* in praesenti specie caussam mitigationi praebet, uti quidem vulgo sentiunt, sed haec simul ex indole et effectu *separationis* petenda, quae non in perpetuum, sed donec usque ira deferbuerit, et reconciliatio accesserit, toleratur. Quod si ergo huic studendum, et ea omni industria accelerando, praesenti medio utique opus erit, quo petitio conjugis de recipiendo adultero effectum consequi queat, ceu recte observat Auctor *Dec.* CLXXX. *N.* XXII. vid. Fromman *de separat. cohabit.* §. XXXII. Ita vero ista caussa non soli *innocenti* durante divortio adulteranti, de quo loquitur Auctor. *N.* LVI. et *Dec.* CCXCI. *N.* IX. proficua, sed ad *nocentem* intra hoc tempus adulterio se commaculantem aeque referenda, hac sola discrepantia servata, ut *gravior* poena huic, *levior* illi immineat. Berg. *Oecon. jur. pag.* 823. Brunnem. *cent.* III, *dec.* XCVI. Wernh. *P.* VI. *Obs.* CCCVI.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXI. N. 61.

Blanditiae, imperium herile temperant reatum.

Admitto hanc caussam si blanditiae fuerint *insidiosae*: alioquin enim hic praetextus ad eludendas leges facile caussam praebere posset, quum sine his rarissime coitus celebretur. Quem in finem *gradus* insidiarum ante omnia explorari, et pro conditione harum poenam statui oportet. Idque minus dubium si venenis *stimulantibus* uxor ad coitum concitatur, Grantz *C.* VI. *M.* II. *S.* II. *Art.* V. *N.* CCIX. Proxima ab illecebris caussa est, quam *imperium herile* domesticum ancillis ab hero correptis praebet, quae, licet peccent, eo excusatius peccant, quo difficilius ipsis videtur, hero non obtemperare. Tesmar *de adult. impunito.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXII. N. 49.

Aetas senilis adulteris non prodest.

Si ponimus, adulterium solo coitu perfici, parum proderit aetas *senilis* ei, qui, quantum in se est, et pro viribus corporis ad alienum carnem accessit, suumque thorum foede violavit. Verum si immissionem *seminis* adulterio propriam requirimus, facinus, in sola aetate non subsistendum, sed ad defectum *virium* respiciendum. Memini hominis octogenarii in ipso actu venereo reperti, et cum sua, tum foeminae confessione de consumatione coitus convicti, cui JCti Hallensis *Anno* MDCCXXXII. capitis supplicium, quod in loco commissi delicti praescriptum erat, per sententiam dictasse, non dubitarunt.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXII. N. 58.

Occasio adulterio ab innocente subministrata matrimonium cum aversatione contractum, remissiorem faciunt poenam.

Praeter has mitigandae poenae caussas, aliae prostant. Huc refero conjugis innocentis factum, quo *occasionem* adulterandi dedit. Id enim peccantem conjugem excusat, impeditque, quo minus prior ad divortium agere queat. Brunnem. *jur. eccl. Lib.* II. *C.* XVII. §. XVIII. Quod si verum est, nocenti proderit ad *molliorem* poenam obtinendam. Talem speciem de marito cum lenis concumbente, quas *pecuniae* aucupandae gratia aluerat ipsius *uxor*, exhibet Leys. *sp.* DLXXX. *N.* X. cui Wittebergenses solam *carceris* poenam imposuerunt. Addit tamen recte limitationem: nisi de *mutua* in lenocinium *conspiratione* constat, quia hac ipsa adulterium *atrocius* efficitur, novoque crimine augetur. Par ratio est foeminarum cum *aversione animi* maritum ducentium, et hac occasione in corpus proprium

peccantium, quod imprimis usum invenit, quoties metu *reverentiali* nuptiae a puella contractae, et hoc modo occasio ad delinquendum subministrata, ubi *temperamentum* in imponenda poena admittendum.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXIII. N. 17.

Divortium totale ex doctrina Christi, pontificiorum et evangelicorum.

Integra haec quaestio tractat caput, quod magis juris *civilis*, quam *criminalis* est et non magis, quam doctrina de conditione furtiva ad *jurisprudentiae criminalis* ambitum pertinet. Licet enim de omni crimine et *civiliter*, et *criminaliter* agi possit, jurisprudentia criminalis tamen, quam illustrare Auctor aggressus est, ea tantum, complectitur, quae poenam et processum criminalem tangunt, adeoque fines veros hujus scientiae excedunt, qui dum in illustranda ea occupantur, quaestiones civiles et privatum interesse concernentes, occasione criminis commissi intermiscent. Talis utique est doctrina de vera indole *dissolutionis* conjugii ob caussam *adulterii*, quam hic contra Pontificios, nullum divortium quoad *vinculum*, sed tantum quoad *thorum et mensam* admittentes, propugnat. Natum hoc dogma in schola Augustini, non Christi, aut Apostolorum, quae veri et proprie dicti divortii solum mentionem facit, adeoque tantum abest, ut absolutam *indissolubilitatem* conjugii agnoverit, ut potius divertentibus *novas* nuptias pure indulserit. Sed primus Augustinus legem Christi perverse explicare coepit, atque docere; non esse hoc divertentibus indulgendum, sed ob caussam *sacramenti*, sub matrimonio latitantis, abstinendum vivente conjuge ab *omni* matrimonii *reiteratione*. Quod etsi naturam *dogmatis* ab initio non excesserit, pedetentim tamen in *legem* abiit, cujus primitias ex *Saeculo* VIII. adolescentiam vero, ex variis subsequentium temporum constitutionibus ecclesiasticis cum *Conciliorum*, tum *Pontificum* late persequitur B. Parens *Jur. eccles. Tit. de divort.* §. XXIII. *seq.* Agnoscunt hanc duram legem hodienum pontificii, nec ullum totale divortium, ne quidem ob adulterium permittunt, solo matrimonio *infidelium* excepto, in quo vel ideo a regula recesserunt, quod ratio vinculi absolute indissolubilis, nimirum *sacramentum* inter hos exulet, et ad solos *Christianos* referri debeat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXIII. N. 64.

Coelibatus nocenti imminens. Ejus indoles et praxis.

Poena *coelibatus* in jure Canonico divertentibus imposita, non ex sola indole *divortii* inter catholicos usitati repetenda, sed in specie quoad partem nocentem, perpetuae *poenitentiae* debetur, quam is ex *Nov.* CXXXIV. subire debet. Qui enim in statu poenitentium constituti, a

nuptiis abstinere jubentur *C.* XII. XIII. *C.* XXX. *Qu.* II. Unde haec prohibitio etiam post *mortem* innocentis durat *C.* XII. *in fine de praesumt.* Quum vero poenitentiae veteris tempora exaruerint, merito cessare debebant effectus. Nihilominus tamen in odium nocentis, et ob *scandalum* ex iteratis nuptiis imminens, poena coelibatus retenta, inter protestantes RITTERSH. *ad Nov. P.* IV. *C.* IX. *N.* V. hodie tamen tunc tantum usum habet, quoties vel ordinationes ecclesiasticae eam probant, vel nominatim in sententia ejus mentio facta. Rationes, quae pro ea allegari solent, habes apud HAVEMAN. *Gamol. pag.* 408. sed lāte eas impugnavit WERNH. *P.* I. *Obs.* CCIV. *N.* CXI. Interim in foro certum est I.) interdictum hoc esse *locale*, nec obstare nocenti, quoties in alio territorio sedem fixit. II.) dispensationem facilius a consistoriis concedi, si donum *incontinentiae* allegat, et locis migrare contendit, teste BERGERO *Oecon. jur. pag.* 122. et AUCTORE *Lib.* II. *jurispr. consist. def.* CXCI. si vel maxime innocens nondum alii nupserit WERNH. *c. l. N.* XCI.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXIII. N. 63.

Matrimonium cum ancilla ob errorem nullam. An cum infami bona fide contractum?

Huic non multo dissimilis est quaestio, de matrimonio cum *ancilla* ignoranter contracto, quod vitiari cum patres edixerunt *C.* IV. *C.* XXIX. *Qu.* II. tum Pontifices *c.* 2. 4. X. *de conjug. servor.* Mallem tamen utrobique pro *nullitate* magis, quam pro *divortio* pronunciare, quum ob defectum consensus in conditionem, ab *omnibus* intellectam, et quae principale motivum conjugii constituit, nunquam constiterit matrimonium, praeterea error talis absque *dolo* concipi nequeat, qui in *dissimulatione* conditionis *subintellectae* sese exserit. Sive itaque ex capite doli, sive erroris rationem decidendi petas, perinde de impedimento consensus constabit, quamvis prior dubiorum expers sit, et ideo Auctori nostro *N.* LVI. et *in jurispr. Consist. Lib.* II. *def.* CLXXXVII. quin imo BROUERO *de jur. connub. Lib.* I. *Cap.* XVIII. *p.* 169. magis placeat; posterior vero doctoribus crucem figat propter fragile distinctionem inter errorem in *substantialibus* et *accidentalibus*, cui dicam scripsit THOMASIUS *ad Lancellot. pag.* 849. Neque obstat nullitati, quod hoc modo inter conjuges *conciliatio* ad continuandum matrimonium tentari non posset. Nam ista nullitas non est *absoluta* sed *respectiva*, et in arbitrio *decepti*, vel *errantis* positum, utrum juri suo renunciare an ad nullitatem provocare velit? quo posito non impeditur reconciliationis tentamen. Quid ergo, si quis *infamiam* dissimulans cum honesta persona pactum conjugale iniverit? In facto contigisse memini, militiae praefectum ob desertionem domi in *effigie* suspensum, conjugium cum persona nobilitate generis conspicua alibi iniisse, quod JCti Hallenses tum ob errorem, tum ob dissimulatam infamiam *Anno* MDCCXLVIII. ad

preces dereptae pro nullo declararunt.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXIV. N. 18.

Inconstantia Justiniani. Privatio lucrorum in adulterio praesumto, vel divortio in contumaciam decreto utrique conjugi communis. Comprehendit portionem statutarium. A tempore adulterii effectum habet. Heredibus innocentis prodest Judicio criminali communis est. Cessat post reconciliationem, vel in dote post adulterium constituta.

Diu multumque conquesti sunt interpretes de inconstantia Justiniani, qua, quod circa dotis lucrum in *Nov.* CXVII. *c.* 8. statuerat, in *Nov.* CXXXIV. ita circumscripsit, ut parum absit, quin illud penitus sustulerit. Equidem torserunt hae sanctiones JCtos in varias conciliationes, quibus jus mariti, si non in totum, saltim in tantum servare studuerunt, ut ex traditis Auctoris apparet. Quid? quod Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* III. *C.* III. *N.* II. totus in eo sit, ut *Nov.* CXVII. jure novo haud sublatum perhibeat, tum quod de *dote* nominatim nil caverit *Novella* CXXXIV. tum, quod jure nova *generalia* trahi nequeant ad ea, quae olim jure *speciali* obtinuerunt. Non placent, quae Auctor noster eam in rem *N.* XIV. de monasterio oblatis proposuit, quum transitus in *monasterium* sit necessitatis, nec a libero uxoris arbitrio, quod oblatis proprium, pendeat. Nec magis tamen placet doctrina Mathaei quae eo minus admitti potest, quo magis *totius substantiae* additio *monasterio* facta, dotis subtractionem *implicite*, et per *consequentiam* comprehendit, et sic correctio satis clara ac perspicua est. Imo haec multo clarior fit ex clausula *cit. Nov. C. X.* adjecta, *ut per omnes caussas viro pacta dotalibus instrumentis illata serventur*, quae, quum dotem marito illibatam servet, prout in pactis dotalibus de ea nominatim actum, satis aperte arguit, istam privationem, silentibus pactis, prorsus cessare. Imo videtur hoc studio in odium *mariti* constitutum, ut, qui uxorem recipere intra biennium nollet, lucro dotis privaretur. Sit, ut sit, hodie ea indagatio parum utilitatis est habitura, postquam jus *Canonicum*, quo hodie utimur, veterem discidii poenam revocavit, et nominatim sanxit, ut uxor adultera *dotem* et *dotalitium* ammitteret *c.* 4 X *de donat. inter V. et U.* In eo tantum a jure veteri divortium fecit, quod fundamentum hujus privationis non in discidio, sed violatione per *adulterium* fide conjugali collocaverit, ut plenius docuit. B. Parens *Jur. Eccles. Tit. de donat. inter V. et U.* §. XXIII. Unde multiplex conclusio fluit. Enim vero I.) perinde est, utrum adulterium verum, an consummatum, an *praesumtum* fuerit, quum utrique violatio fidei, quae omne punctum fert, cohaereat, et jus Canonicum, dum sola *indicia* ad *divortium* idonea esse judicavit, non majorem probationem in caussa *dotis* amittendae, quae longe minor esse vulgo censetur, exigere potuit Berl. *P.* IV. *concl.* XXIX. *N.* LII. Mynsyng. *Dec.* I.

Resp. I. modo non levia et vulgaria, sed *proxima* indicia, ex quibus verisimiliter adulterium colligi potest, concurrant, qualia plena manu refert B. Parens *T.* III. *P.* II. *Cons.* CDLXIII. Idem quoque dicendum si II.) uxor de adulterio accusata *contumax* in non comparendo, et sententia in contumaciam contra eam lata fuerit, quidquid dixerit Barbosa *ad l.* II. *solut. matrim. P.* I. *in pr. N.* LXXV. Quum enim haec *ficta* confessio non impediat divortium, nec privationis poenam cum illo inseparabiliter connexam tollere poterit, adeoque merito inanem judicat quorundam cautelam Leys. *Sp.* DLXXIX. *Med.* XXIV. qui,ut adulteris patrocinentur, pro conservanda dote suggerunt, ut in jus vocari, non compareant, sed se pro *confessis* et *convictis* declarari sinant, quasi fictae confessionis non idem effectus esse possit, qualis et verae, *vid. Qu.* LVIII. *Obs.* II. Praeterea III.) eadem hic est conditio *uxoris* et *mariti*, ut innocenti generaliter lucrum dotale obveniat, marito quidem *dos*, uxori vero *donatio propter nuptias*. Nam utrobique *eadem* occurrit prorsus violatae fidei ratio, nec, dum id jus profertur ad maritum, proprie *extensio*, quam *declarativa* juris communis interpretatio suscipitur, ut recte contra Hartm. Pistorem *observavit* B. Parens *c. l.* §. XXXIX. Taceo, utramque *Novella* CXVII. et CXXXIV. *C.* X. mulieri jus occupandi donationem propter nuptias diserte indulxisse, adeoque nil novi inesse sententiae eorum, qui partes uxorum tuentur. Idem disposuit IV.) jus canonicum, quoad privationem *portionis statutariae in c.*10. *de consent.* etiam ex iis bonis, quae durante processu super divortio, nocenti jure successionis acquisita Carpz. *Lib.* VI. *Tit.* X. *Resp.* CIX. Nam ea uno eodemque fundamento cum dotis amissione constat, et immediate ex adulterio commisso aeque ac dotis privatio repetenda,tametsi textus non de adultero, sed de adultera loquatur. V.) effectum haecce privatio habet non a tempore *sententiae*, sed commissi *adulterii*, et sic non tantum locum habet, si lis per mortem innocentis interrupta nec sententia secuta, ut de casu desertionis malitiosae probat Wernh. *P.* VI. *Obs.* CCLXXIV. verum etiam, si lis nondum mota, et innocens maritus contra heredes uxoris vel agere, vel excipere satagit. Multo magis VI.) *heredibus* innocentis actio et exceptio competere debet ad dotis privationem, si de *reconciliatione* non constat, ut late probat Dn. Parens *c. l.* §. XXV. *seq.* et ipse Auctor *Qu. seq. N.* I. *seq.* evincit. Imo et VII). *fructus et usurae* donationis a momento *adulterii* vel malitiosae *desertionis* uxori assignandae, quum matrimonium per adulterium vel similem fidei fractionem *ipso jure* rumpatur, et sententia non privatoria, sed *declaratoria* sit. Besoldus *Cons.* CX. *N.* CLXXVI. Leys. *c. l. Med.* XVIII. Neque VIII.) ea in re quidquam mutandum, si maritus uxorem de adulterio *criminaliter* accusaverit, uti quidem visum Lynkero *Resp.* XXX. *N.* XXIX. Nam licet haec sententia secundum dispositionem *Nov.* CXXXIV. suo modo defendi possit, per ea quae supra de ejus innovatione, et sublata dotis privatione dictum, hodie tamen vix usum habebit. Sive enim judicem ex

officio inquisitorio processu contra adulteram procedere, supponas, innocenti tamen ob interesse *proprium* postea agenti, praejudicium inferri non poterit. Sive uxorem a *marito* accusatam fingas, adhuc idem obtinebit, quia hodie non ex jure civili, sed *canonico* quaestio praesens decidenda. Praeterea semper in nocenti suffragatur axioma vulgare: quod persecutio criminalis, a civili distinctissima, interesse privatum non tollat, nec ejus affectatio *renunciationem* hujus excludat. Denique IX.) eadem privatio lucrorum dotalium merito ad casum malitiosae *desertionis* trahenda, ut *Qu.* LVIII. *inf.* jam observavi, et testimonium Wernheri *c. l.* probat. Tandem X.) *Remissione* innocentis sive expressa sive praesumta omnis persecutio dotis vel donationis praecluditur, ut nec innocens, nec ejus heres eatenus in judicio audiendus sit, Christin. *Vol.* V. *dec.* CCXVIII. *N.* IX. Harpr. *Cons.* XXVII. *N.* XLII. quum sublata caussa, hoc est *injuria*, per adulterium illata, tollatur quoque ejus effectus, dummodo non simplex, sed cum *cohabitatione* conjuncta, hoc est speciem *plenariae* reconciliationis, et matrimonii subinde *restaurati* habeat, ut recte contra sententiam Auctoris *jurispr. consist. def.* CXCVII. *N.* LI. evicit B. Parens *cit. l.* §. XXXV. Idem XI.) dicendum de dote, vel donatione post adulterium constituta, qualem casum recitat Leys. *Sp.* DLXXIX. *Med.* XI. Nam tempore adulterii nulla dos extitit, ergo si ex illo privatio repetenda, nulla in hac specie amissionis ratio haberi potest. Neque obstat, quod in portione *statutaria* computentur, post adulterium acquisita, ut paulo ante *N.* IV. dixi. Nam hoc inde fit, quia hujus computatio secundum tempus soluti matrimonii judicanda, dos vero determinationem suam ex *pactis dotalibus*, vel *illatione* accipiat. *conf. Quaes.* LVIII. *Obs.* II.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXIV. N. 32.

Uxor adultera paraphernalia non amittit.

De jure civili uxorem *paraphernalia* ob commissum adulterium non amittere, palam est, non quidem ex rationibus ab Auctore allatis, sed quia in *defectu* dotis *quarta* pars bonorum marito per *Nov. cit.* assignata, quae aliunde quam ex paraphernalibus peti nequit, et sic satis arguit paraphernalia, *qua talia*, a poena privationis eximi. Leys *Sp.* DLXXIX. *Med.* I. Quod vero jure Saxonico aliud obtineat, ex antiqua *communione bonorum* repetendum, quae hoc jure, etsi non in totum, tamen in tantum retenta. Quum enim, ubi talis societas adest, proprie exulent paraphernalia, et *unum* utriusque conjugis sit patrimonium, satis abusive eorum appellatio transfertur ad id, quod circa *totam* substantiam uxoris leges Germanicae disposuerunt. Hanc enim jure Germanici mentem esse, ex privatione portionis *statutariae*, hoc est, substantiae ex collatione utriusque conjugis bonis ad uxorem pertinentis colligi potest, quam confirmavit jus Canonicum c. 10. X. *de consuet.* et

hodienum probat statutum *Hamburgense* P. III. *tit.* III. *art.* II. Ex statuto *Mulhusano* L. V. *A.* XXI. uxor privatur *dimidia* illatorum, et pendente conjugio acquisitorum.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXIV. N. 33.

Quatenus marito innocenti cedat?

Hoc verum, nisi ubi ex lege gerada *marito* cedit, uti ipse Auctor sententiam hanc temperat *P.* IV. *C.* XXI. *Def.* II. *n.* VI. VII. Barth *de gerada c.* V. N. LVIII. *in f.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXIV. N. 53.

Inter desponsatos privatio exulat. Idem in matrimonio nullo.

Haec dubio carent, si stupro comperto, sponsalia mediante *repudio* dissolvuntur, nec consummatio matrimonii sequuta, quum dos respectum habeat ad *matrimonium* eoque non secuto, non intelligatur. Consummato vero, post celebratum perfidum concubitum, matrimonio, per divortium hoc rescinditur, et sic eadem prorsus ratio injuriae, et fidei fractae adest, quae cernitur si uxor durante conjugio marito non praestat fidem, Berl. *P.* IV. *concl.* XXIX. N. XXXII. Plane si sponsa jam ab alio ante sponsalia vitiata, per errorem ducta est, matrimonium est *nullum*, non per *divortium* rescinditur, quo casu ista privatio exulat, ut ipse Auctor *Lib.* II. *def.* CXCIX. *jurispr. Consist.* defendit, quum utrumque, jus civile et canonicum casum, quoad dissolutionem matrimonii ab initio validi agitur, supponat, poenalia autem non extendenda sint.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXV. N. 18.

Qualificata remissio heredes excludit.

Paulo obscurius loquitur Auctor, nec remissionem simplicem a *qualificata* satis distinguit. Haec posterior demum eodem jure heredes excludit, quo ipsum maritum agentem repelli, *Qu. praeced. Obs.* I. *in f.* nota vi.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXV. N. 36.

Privatio dotis omnibus heredibus extraneis prodest.

Satis contorte Auctor vocem *Erben* de *suis* accipit, et ex falsa hypothesi, quod jure communi solis suis jus dotem petendi competat, *extraneos* ab actione ad privationem repellit. Neque ratio dispositionis papalis in *c.* 4. *de donat. int. V.* et *U.* in sanguinis nexu, sed jure *hereditario* quaerenda, vi cujus defun-

ctum representant heredes in omnibus juribus morte non extinctis, quod ad *omnes* omnino heredes merito proferendum est, de solis suis vel consanguineis praedicari nequit.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXV. N. 58.

Vidua adulterium passa nil amittit. Ratio hujus juris.

Ex omnibus rationibus hic propositis adhuc speciem habet ea, quae N. LIII. refertur, re accuratius autem perpensa non concludit, quum nulla alia, quam *fidei fractae* inspectio ad privationem dotis pertineat, non sola familiae dehonestatio. Sublata ergo per mortem fide conjugali, frustra de ejus fractione, aut poena eidem imposita quaeritur. Multo minus in poenis *secundarum* nuptiarum praesidium quaerendum, postquam illas jus Canonicum sustulit, ut sequ. Observ. docebo.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXV. N. 81.

Poenae secundarum nuptiarum cessant. Vidua nubens num legata amittat? Quae luctus hodienum reliquiae?

Utrum poenae *secundarum* nuptiarum civiles hodie in judiciis exulent, non omnino inter eruditos convenit. Sunt, qui penitus eas per jus Canonicum sublatas defendunt, quorsum refero Warnesium *ad jus. pontif. T.* II. *p.* 573, Hert. *Resp.* DXXII. B. Parens. *Jur. eccles. tit. de secund. nupt. in. f.* Alii jus Canonicum ex omnibus poenis unicam *infamiam* sustulisse, reliquas salvas servasse, contendunt, Leys. *sp.* CCC. *Med.* XIX. Quod si verum, vidua duram sortem subire tenetur, ut secund. *l.* 1. *f. de sec. nupt.* legatis privetur, si post mortem mariti memoriam pristini conjugii per novum matrimonium intra annum maculavit: sed ipse Leyserus aliud in foro obtinere fatetur, motus auctoritate Fichardi *V.* II. *Cons.* XXXIII. *N.* XII. et Richteri ad *auth. Ejusdem poenis C. de sec. nupt.* qui rationem juris Canonici tam *generalem* esse perhibent, ut merito ad reliquas poenas proferri debeat. Mihi sufficit in hac specie viduam ex mente legum existimationem integram servare, adeoque nihil quidquam circa legatum relictum periclitari, quum utriusque amissio ex anno *luctus* fluat, hoc autem sublato, effectus cessent. Equidem in quibusdam statutis annus luctus revocatur B. Parens *cit. l.* id vero *decoris* gratia, et sine ulla poenarum veterum mentione factum. Qua propter de his quidem tunc nil comminiscendum, tametsi interpretes sibi temperare non potuerint a poena carceris vel pecuniaria contra horum statutorum transgressores, si absque dispensatione ad secundas nuptias accesserint, definienda, teste Strykio *U. M. tit. de his, qui not. infam.* §. IX. quam non adeo improbo, si non tam pro infamia surrogatur, quam pro poena negle-

cti statuti accipitur. Nam deficiente statuto, ejus nullam rationem habendam existimo, secus ac STRYKIUS sentit, qui loco veteris infamiae eam indictam perhibet. Multo minus praecise *venia* ad indulgendas istas nuptias hodie petenda, uti Auctor noster sensisse videtur, nec judici integrum est, *mandatis poenalibus* festinatione interdicere, nisi aliud impedimentum concurrat, veluti, si in iis locis, ubi *communio bonorum* obtinet, liberis prioris matrimonii nondum satisfactum. MEV. *ad jus. Lub. P.* II. *tit.* II. *art.* XXIX. *in addit.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 29.

Polygamia virilis, vel muliebris, quomodo olim punita?

De *bigamia* separatim nil disposuit *lex Julia*, sed eam sub *adulterio*, vel *stupro* comprehendit. Edixere tamen de illa *Imperatores* peculiaribus constitutionibus. De jure veteri certum, *pro admissi qualitate*, hoc est, extra ordinem polygamiam *muliebrem* vindicatam fuisse, docente PAPINIANO *l.* 11. §. 12. *ad l. Jul. de adult.* quum ne quidem adulterii reatus tum in capitalem poenam incideret, sicuti vir cum soluta nuptias contrahens non potuit non stupri reus esse. Ratio diversitatis in plurium seminum in una foemina confusione foeda, et suspicione partus adulterini quaerenda, ob quam prior species non item posterior, sub adulterio comprehensa. Unde satis divinatorium quod BROVERUS *de jur. connub. Lib. II. c. V. n. XXIII.* statuit, stupri polygamorum fuisse poenam *capitalem*, de qua nec vola nec vestigium extat. Neque ab his principiis quoad conceptum hujus criminis recesserunt Imperatores, licet circa poenam, quae in adulterio capitalis facta, mutatio contigerit. Qui *l.* 30. *C. h. t.* ad bigamiam pertinere, et simpliciter hanc capite coerceri cum PETRO FABRO *Lib. III. semestr. c. XXI. p.* 322. perhibent, oleum ac operam perdunt, quum *sacrilegium nuptiarum* ibi memoratum, bigamiae non tantum proprium, sed *adulterio* cuicumque commune, propter conjugalia sacra utrinque violata, et sic ad utramque speciem referendum, quemadmodum etiam CONSTANTINUS et CONSTANS adulterium solum ad *sacrilegium nuptiarum* retulerunt in *lib.* 4. *C. Theod. quor. appell.* Rectius huc referri potest. *l.* 7. *C. de repud.* et *Nov. CXVII. c. XI.* quarum quaelibet in polygamia *muliebri* utrumque conjugatum adulterii poenae subjicit, quae in *viro* capitalis, in *uxore* post legem JUSTINIANI detrusio in monasterium erat. De polygamia *virili* altum quidem silentium; interim quia ex analogia prioris ad adulterium referri non potuit, in terminis *stupri* paulo gravioris substitisse, et sic extra ordinem vindicatum fuisse videtur. Ita tempora distinguenda, et in ordinem revocanda, quae non satis distincte Auctor proposuerat. Imo eodem modo accipienda seutentia THOMASII *de crim. bigam.* §. *VI.* quod jus Romanum poenam capitalem non constituerit, quam eatenus admitto, quatenus leges allegatae rationem

decidendi non in bigamia *qua tali* collocarunt, nec in universum *simultanei* matrimonii sed unice concurrentis *adulterii* vel *stupri* unice rationem habuerunt, perinde ac de *incestu* juris *civilis* proditum, quem JCti ex concurrente adulterio vel stupro aestimarunt.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 38.

Sensus art. CXXI. *dubius. Poena polygamiae capitalis usu forensi comprobata. Varia Germaniae statuta. Nullae hic sacramenti reliquiae. Bigamiae inter Judaeos poena.*

Eadem, si non majora dubia emergunt circa sanctionem Carolinam, et inde pendentem poenam hodiernam. Conqueruntur de articuli CXXI. obscuritate Beyer *ad cit. art. p.* 75. et *Kress. eod.* §. IV. Gribner *in opusc. T.* V. *sect.* IV. §. *f.* nec conjecturis satis firmis se assequi posse mentem legislatoris perhibent. Neque mihi suppetit interpretatio, cui non aggeri aliquid posset, adeo ut eae rationes, quibus subveniri posse *art.* CXXI. pro defendendo capitali supplicio arbitrati sunt Hahn *ad W. tit. ad l. Jul. de adult. N.* VIII. et Leyser *sp.* DLXXXVII. *Med.* I. parum concludere mihi videantur. Ipsa verborum constructio vitium in decisione mox manifestat. Imprimis oppositio verborum *wiewohl die Kayserlichen Rechte auf solche Uebelthat keine Straffe am Leben setzen, so wollen wir doch, dass ---- nicht minder dann die ehebrüchigen peinlich bestrafft werden sollen.* Horum priora rationem *dubitandi* contra poenam capitalem continent, evincuntque, ad palatum Imperatoris non fuisse, quod jus Romanum capite non coercuerit crimen. Imo eo solo respectu post factam cum adulterio comparationem, bigamiam disertis verbis *graviorem*, quam *adulterium* esse, ait Imperator, ut eo evidentius insufficientiam legum Romanarum ostenderet. Nihilo tamen secius in verbis *decisivis* vadimonium deserit, et nil minus, quam indignationi praemissae convenienter capitis poenam, uti ex loquendi nexu decebat, definit; sed tum verbo aequivoco, *peinlich* utitur, tum in provocatione ad *adulterii* poenam acquiescit, quam non peraeque capitalem esse, et pro sexus diversitate variasse constat. Haec, inquam, anxia definitio tanti non est, ut necessario evincat, Imperatorem omnino de poena *capitis* cogitasse, cujus alias sine dubio, ut alibi solet, diserte mentionem fecisset. Quid enim opus cespitare, et ambigua, eaque in caussis capitalibus insolita ac impropria voce uti, ubi vocabula plana et usitata in promptu sunt? Quod multo magis dicendum, quoties quis sibi contra rigorem *dubia*, cum quadam indignitatione format, iisque contraire intendit, ubi nil proficiunt verborum aenigmata, sed omnium maxime *clara* ac *distincta* oratione opus est. Accedit non simplex, sed nova aequivocatio, quam praeter voculam *peinlich* addit, in verbis: *nicht weniger dann die Ehebrüchichen*, quum tamen ignorare haud posset, adulterii poenam capitalem satis esse restrictam adeo-

que ineptam, ut ex provocatione ad eamdem, rigorosa definitio eliei posset. Denique tantum abest, ut mater Carolinae h. e. *Bambergensis* de vita bigamis adimenda cogitaverit, ut potius disertis verbis poenam *extraordinariam* distinete statuerit, eamdemque ipse Carolus V. in exemplo de *Anno* MDXXI. monente Kressio, totidem verbis repetierit, eerto indicio, legislatorem nec ab *initio*, nec ex *post facto* rigorosam capitis poenam in mente habuisse. Neque enim sufficit cum Hahnio verba ista aequivoca pro *declarativis* venditare, vel ex sola verborum *oppositione* secundum regulas interpretandi cum Leysero rationem petere; nam ista declaratio ob totius sanctionis obscuritatem officium suum perdit, et interpretandi regulae non prosunt, ubi vel clariore sermone *praecise* opus fuerat, sed loco ejus *obscurissimus* substitutus, vel *aliunde* rationes in contrarium non deficiunt. Sane quod ex *art.* CCIV. contra usum capitalis poenae petit argumentum Kress *ad cit. art.* manifeste stringit in hac specie, ut non tantum interpretandi regulas communes obliteret, sed modum interpretandi *contrarium* potius contineat. Quare nodum indissolubilem hujus art: verbis inesse, cumque nil minus, quam poenam capitalem extra controversiam posuisse, non invitus profiteor. Si qua rigoris ideae Carolo haesit, ultra casus, quibus adulterium eodem supplicio luitur, propter verba *nicht weniger, dann die Ehebruchichen* extendi nequit, ceu Griebnerus *cit. l.* fatetur et Granz. *de def. reor. P.* II. *c.* VIII. *M.* II. *N.* CLXVIII. et Bruckner *decis. matr. C.* XIV. *N.* XXVII. probant. Quo posito, nil movet, ut sacramenti violatio hic in partes vocetur, et ratio decidendi ex illa repetatur, quod nonnullis in mentem venisse video, qui Imperatorem ea ratione motum hic edixisse perhibent. Ita sentiunt Odelem *de reliq. sacram. in matrim.* § XLV. Wernh. *P.* I. *Obs.* CXXXIII. Imo B. Parentem *jur. Eccles. T.* IV. *Lib.* V. *Tit.* V. §. XLIII. quoque in hac opinione fuisse, caque ex ratione polygamiam *Judaeorum*, quorum matrimonia nec rata, nec sancta jus Canonicum agnoscit, a *capitali* poena exemisse, observo. Sed nihil est, quod huic sententiae suffragatur, non verba *in Gestalt der heil. Ehe*, quae ipsam benedictionem sacerdotum tantum denotant, et ex mero *usu loquendi* huc transtulit Carolus V. aliter utique, et sacramento convenienter, *majori*, ac factum, rigore legem rogaturus, si huic primario inhaesisset. Multo minus verba, eo pertingunt *welche Missethat auch grosser denn dasselbe Laster ist*, quae prorsus non respondent vagae ac generali determinationi *der peinlichen Straffe*, et sic *effectu* legis spectato, vere inania sunt, nec per se durioris supplicii argumentum continent. Gerdesius *de jurisprud. non papizant. c. f. §. f.* Praeterea aeque in *Bambergensi* repeririuntur, nec tamen praesulem a poena extraordinaria, ab eo praefinita, cohibere potuerunt. Nihil itaque superest, quo poena *capitalis* polygamiae sustineri potest, quam *usus forensis* tot judicatis ac testimoniis stipatus, secundum quem eamdem in virili ac muliebri, masculis atque foeminis servari docent Blumenlacher, Zieriz, reliquique tantum non omnes Carolinae commentatores,

Grass. *p.* 891. Stryck. *U. M. tit. ad l. Jul. de adult.* §. XXVI. Lynk. *Dec. MCCCLXXXVII.* Leys. *ad ff. c. l.*Richt.*P.II.Dec.LXXXVIII. N.XLIX.* Mauric. *P. I. Cons.XXX. N.I.seq.*Schaumburg.*ff.Lib.XLVIII. Tit. V.§. XII. p.*525. Accedunt plura *statuta* Carolinam ita temperantia, quorum catalogum texui in *Elem. jur. crim.S. II.§. CCXCIX.* Paulo rigorosior est culei poena, quae utrique delinquenti jure *Tyrolensi* et *Bavarico* imminet, teste Kirkgesnero *P. V. c. IX. §. II. N. II.* Froelich *P. II. Lib. III. Tit. I. N. I.* et in *iterata* bigamia jure *Hennebergico Lib. VIII. Tit. V. C. V. §. I.* Mollior in *Hollandia*, ubi exilium sufficere creditur, Gronew. *ad l. II. de incest. nupt.* quod cum fustigatione hic conjungunt Frish, Sande *Cl. V. Tit.* IX. *def.* XVI. *p.* 236. Quidquid sit, ad *Judaeos* polygamos rigorem haud pertinere existimarem, non ob *sacramenti* defectum, sed ob jus *Mosaicum*, quo se obstringi, sibique jus nasci ad polygamiam muliebrem existimant. Licet enim Judaei praecipue in delictis jure *communi* regantur, et legum ignorantiam obtendere nequeant, *bonae fidei* opinio tamen, quae Judaeis saepe, caussam religionis ac conscientiae subesse, persuadet, id operatur, ut *minori* doli gradu leges transgrediantur, et ita per *accidens* ob persuasionem *erroneam* melioris conditionis fiant, quam Christiani, quibus de prohibitione polygamiae penitus persuasis, ad eluendam legem nullam prorsus superest refugium. Ita inquam in casu polygamiae judicandum. In *polyandria* diversa ratio est, quam etiam lex Mosaica sub poena capitali prohibet, nec foeminis judaicis nullam evadenti caussam subministrat, sed gladii poenam minatur. Eoque jure hodie utimur, in praesenti specie, quod fieri non posset, si ex sacramenti conceptu de bigamia Judaeorum judicandum esset. Illud adhuc meminisse juvabit poenam bigamiae arg. h. a. *extraordinariam* esse in iis locis, in quibus adulterium rigori non subjectum, sed pecunia aliave leviori supplicio luitur. Besold. *P.* V. *Cons.* CCXV. *N.* VI. Muller. *ad* Struv. *Ex.* XLIX. *th.* XXXV. *lit. a* Froelich. *Lib.* III. *Tit.* II. *p.* 276.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 43.

Intercessio innocentis in bigamia molliorem poenam operatur. Dubia removentur.

Dudum Carpzovio intuitu hujus quaestionis nuncium miserunt, et argumenta hic proposita profligarunt Berg. *El. crim. p.* 136. Wernh. P. I. *Obs.* CXXXIII. et CLXXXIX. Griebn. *Diss. de intercess. conjug. in delict. carn. C.* II. Rationes Carpzovianae vel ex jure *Saxonico* petitae, vel ex analogia juris *communis*. Illae falsa interpretatione nituntur, qua de caussa ne quidem in Saxonia intercessioni effectum detrahendum censent cit. Auctores. Hae tum a silentio legum petitae, tum in gravitate criminis fundatae. Sed prior ratio tantum abest, ut concludat, ut potius ob deficientem legem *contrariam* sub illis, quae in *adulterio*

intercessionem sustinent, videatur implicite comprehensa bigamiae intercessio, cum *eadem* ubique innocenti *injuria* fiat, eodemque modo per intercessionem tollatur. Errant itaque, qui *ajentem* sententiam defendentibus *probationem* extensionis ad bigamiam factae injungunt, quum ex rationis identitate pro hac non possit non praesumptio militare, et sic negantibus potius incumbat, demonstrare per legem contrariam, bigamiam ab intercessionis beneficio fuisse exemtam. Posterior ratio nullibi nominatim in legibus agnita, ut antea docui, aut si agnita, capitali supplicio satis pensata est, ut nulla ratio nos moveat, rigorem ulterius extendendi, quod, exclusa intercessione, per *indirectum* fieret. Quo etiam refero argumentum Clasenii, quod bigamia, tum *adulterium*, tum *duplex* vinculum conjugale, lege prohibitum contineat, adeoque diversa ratio utriusque prohibeat, quo minus ad eamdem cum adulterio mensuram exigatur. Nam quidquid reatum auget, ad connexum *falsum*, et illusionem ecclesiae factam redit, utraque autem per poenam capitis absorbetur, adeoque non influit in quaestionem de remissione, praeterquam quod hic non, ut in adulterio, relegatio, sed ob inseparabile crimen falsi, necessitatemque proportionis geometricae paulo gravior reo dictetur. Neque *desertio* polygamiae cohaerens aliud evincit, quia in condonanda desertione non tam de salute publica, quam jure condonantis agitur, is autem jus suum remittere potest, ut loquitur Kress. *ad art.* CXXI. *C. C. C.* §. V. *N.* IV. Interim quia intercessio simul remissionem injuriae comprehendit 1.) ad eum quoque referri debet, cui injuria facta, qualis est conjux *prior*, non quem superinduxit, cujus declaratio in praejudicium prioris effectum habere nequit. 2.) Etiam in bigamia *iterata* reo prodest, si repetita fuerit intercessio, quum idem in adulterio, licet jam saepius intercessione sopito, obtineat, ut tamen sola prima uxor, non secunda aut tertia jus intercedendi habeat. Bullaeus *ad art.* CXXI. *C. C. C.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 49.

Sine benedictione sacerdotali nulla bigamia. Quae poena si copulatio a deposito clerico facta? Quid si extra ecclesiam conjuges copulati?

Ratio a *consensu*, qui nuptias facit, petita, parum adaequata est, qua de caussa ea in quaestione jam dicam Auctori scripsit Leys *sp.* DLXXXVII. *Med.* XIII. *seq.* Neque enim vigor juris Saxonici ex hac, sed potius ex ea ratione repetendus, quia idem illud jus concubitum conjugis cum alio, etiam extra sponsalia, ne dum post eorum accessum, capite coercet. Hoc posito philosophia Auctoris ad jus *commune* extra Saxoniam trahi nequit, tum quod verba *in Gestalt einer heiligen Ehe* quibus utitur Carolus V. *art.* CXXI. non nisi de consumato *matrimonio* capi possint; tum quod jus Romanum quidem vinculum conjugale ex consensu petat, sed post receptum jus Canonicum *copula sacerdotalis* pro

forma matrimonii legitimi requiratur, et unicum medium distinguendi illud a sponsalibus constituat, cessante autem forma, jura matrimonio propria cessare debeant, tum quod alioquin, qui inverso ordine primum sponsalia publica celebravit, et concubitu firmavit, quoties postea cum alia nuptias celebrat, capitis discrimini subjiciendus esset, quod salva analogia juris dici nequit. Qua de caussa in hac specie potius *extraordinaria* poena locum habet, quae tamen ob *falsi* crimen concurrens non inique ita applicari debet, ut *tergo* fidem violatam reus luat, licet jure *Wurtenbergico* gladius vindex sit, si sponsalia publica concubitu firmata, Schopf. *Sel. Dec. et res. Tubing. P.* I. *Dec.* CXXXIII. *N.* XII. Quid vero si copula sacerdotalis *utrique* matrimonio accesserit, sed in alterutro *furtive*, et per clericum ab officio *depositum*? Talem speciem respondimus non ita pridem, ubi Catholicus sub magistratu Catholico secundam uxorem priori superinduxerat, sub precibus ac benedictione clerici erronis ab officio remoti. Fatebatur reus duplicatum conjugium, sed posterius ex conditione *benedicentis* nullum esse ajebat, ut se rigori poenae capitalis subducere posset. Nobis consultis visum, omnia a conditione secundi matrimonii pendere, interim aequum simul esse, ut de ea secundum principia ecclesiae *Romanae*, cui addictus reus, judicetur. Atqui jus canonicum matrimonium validum pronunciat, quia minister etiam deposito officio *caracterem* retinet, et sic *valide* benedicere potest, licet ipse in actu *illicito* versetur. Accedit, iniquum fore, ut is, qui, quantum in se, fidem conjugalem per novum matrimonium fregit, eo solo, quod in manus depositi clerici inciderit, melioris conditionis sit, quam qui preces a *serviente* clerico valide impetravit. Nihilominus tamen, remissa poena capitali, corporalem tantum dictavimus, his rationibus moti;

Dieweilen aber dennoch dass inquisit *mit seiner andern Frau* Sempronia *zu F. von einem abgesezten Geistlichen eingeseegnet, durch die* documenta sub. X. *deutlich dargethan, und von dem* Fiscali ultro *eingestanden worden, mithin bey dieser vor ausgesezten* quaestione facti *der Grund oder Ungrund, der von dem* inquisiten *angeführten Entschuldigung auf der* quaestione juris *obgedachter Ehe, wie bey der Frage* de poena bigamiae *rechtens, an sich gultig oder ungultig sey, ankomt, da dann zwar nach der Lehre der* Canonisten *rechtens,* quod depositus minister illicite quidem conjugatis benedicat, sed non invalide.

Corvin. Lib. IV. Tit. XLVII. §. X.

Ganzalez Lib. V. Decretal. Tit. XXVII. c. II. III.

Gleichwohl von dieser scolastischen distinction *das* Concilium Tridentinum *in so weit abgegangen, dass es alle* Matrimonia *vor null und nichtig declarirt,* quae non praesente Parocho vel alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus contracta.

Sess. XXIV. de reform. c. I.

Dieses aber inter Catholicos *als das neueste Recht seine Verbin-*

dlichkeit hat, folglich an der Ungultigkeit gedachter Ehe, welche wider sothane Geseze clanculum *und ohne Aufgeboth geschlossen, nicht zu zweifeln, und nach solchen vorausgesezten* principiis *fernerweit zuschliessen, dass die von dem* Inquisiten *angefukrte Entschuldigung allerdings ihreu Grund habe, und daher die auf das* Crimen bigamiae *gesezte ordentliche Todtes-Straffe alhier* inapplicable *sey*, quum haec non aliter locum habet, quam si utrumque matrimonium in se validum, et ita bigamia vera consumata fuerit.

Kress ad art. CXXI. §. V. n. VI. *Gestalt dann auch der beruhmte* Leyserus sp. DLXXXVII. Med. XXII.

dergleichen durch eninen abgesezten Prediger volzogene Vielvveiberei, mit einer blossen ausserordentlichen Straffe belegt vvissen vvil, und dergleichen Ehe nicht ohne Grund, nur vor einen blossen concubinat, *dem die* effectus civiles *einer rechtmasigen Ehe nicht beyzulegen, ausgiebet, vvogegen der Umstand, dass* Inquisit *durch seine unrechtmasige Verbindung profitiren vvurde, um desto vveniger in Ervvegung zu ziehen, je mehr die Geseze einen Richter lediglich auf die Gultigkeit beyder Ehen, zum Behuf einer Todtes-Straffe vervveisen, und es dannenhero ein Gluck vor ihm ist, dass er nicht in* facie ecclesiae *auf eine Rechts bestandige Art seine andere Frau sich antrauen lassen etc.*

Omnium minime de justitia hujus temperamenti dubitari potuisset, si inter *Evangelicos* inquisitio mota fuisset, quippe qui caracterem ignorant, tricas de valida benedictione pastoris depositi repudiant, matrimoniumque ita contractum pro *nullo*, ac furtivo habent, ut ex traditis Titii *Probe des geistichen Rects Lib.* IV. *S.* I. §. XXXIII. B. Parentis *T.* III. *P.* I. *Cons.* LXXXVIII. *N.* LXVI. apparet. Licet enim concilium *Tridentinum* pro norma in caussis matrimonialibus nunquam agnoverint, sententiam tamen ejusdem tanquam in *recta ratione* fuudatam merito servant, quo supposito, non possunt non rigorem contra eum temperare, qui principiis suis, haud convenienter personam sibi copulavit.

Huic copulae furtivae non multo dissimilem existimat Moller *P.* I. *c.* XX. *n.* III. eam quae non in ecclesia, sed *privatis* aedibus celebrata, quasi itidem sit furtiva et clancularia, a quo non adeo dissentire videtur Froelich *C. C. C. p.* 288. Verum aliud docet, nec a rigore recedendum esse hoc casu censet Maurit. *Cons. Chil.* II. *N.* XLII. quum non *locus*, sed *modus* a lege praescriptus vim copulae sacerdotali tribuat, praecipue hodie, quo privata benedictio etiam inter *inferioris* conditionis personas ubique inolevit.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 58.

Matrimonio priori concubitu non firmato, vel ob impotentiam nullo, poena bigamis remittitur.

Jus *Tyrolense* solius benedictionis publicae meminit, nihilominus illud ex sententia Auctoris interpretatur Froelich *p.* 259. Et ita alibi quoque pronunciatur. Struv. *Ex.* XLIX. *Th.* XXXVI. Idem quoque dicendum, si matrimonium prius *concubitu* haud firmatum, vel ob *impotentiam* conjugis consummari non potuit. Thomas. *de crim. bigam.* §. LIV. quia in criminalibus matrimonium in sensu naturali, et per utramque copulam perfectum supponitur, id vero, quod per se *nullum* est, effectus legales producere nequit Berg. *El. crim. suppl.* P. I. *C.* CXLIV. Aliter judicat Froelich. *p.* 258.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 64.

Etiam desertori in bigamia poena remissior imminet. Caussae mitigantes in adulterio huc trahendae.

Quae rationes deserto proficiunt contra poenam adulterii capitalem, eaedem illi contra rigorem bigamiae merito prosunt, quum utrobique eadem sit ratio. Nec ut tempore recentioris connubii sententia divortii lata sit, desideratur, *sed* caussam justam subfuisse sufficit, ad excusandum factum, quod mero *excessu* absolvitur. Idem quoque de adulterio, vel alia justa *divortii* caussa a bigamo allegata dicendum. vid. Grass. *Collat. jur. R. cum Rec. Imp. sect.* XIX. §. XI. Granz *P.* II. *p.* 331. Kress. *ad art.* CXXI. §. V. Aliud inter Catholicos,inter quos existit divortium *totale*, et sic ob veram bigamiam hoc casu poena capitalis obtinet, judice Froelichio *p.* 259. cui tamen valde obstat, quod ipse adulterii poenam temperandam existimet, si reus quoad thorum et mensam separatus, *p.* 253. ab illa autem ad poenam bigamiae utique argumentari liceat.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 68.

Ignorantia facti, necessitas vinculi sponsalitii prioris, longior absentia, dolum bigamorum temperant.

Ignorantiam *facti* a *dolo* excusare, fatetur Bluml. *in fine*, non autem a *culpa* latissima, si fuerit affectata, et veritas facile a paulo solertiori erui potuisset, ubi extraordinariae poenae locus, Froelich *c. l.* Quin imo gradus doli minuitur, quoties, qui olim sponsalia contraxit, postea, aliam ducendo, fidem fregit, sed conscientiae stimulis adactus fuit, conjugem dimittendi, et sponsae *priori* nubendi. Nam is itidem merum *excessum* committit, quum, urgente

sponsa priori, cogi potuisset ad ejusmodi consummationem, quam is hoc modo antevertit; praeterea, dum opinione necessitatis ad hunc saltum trahitur, animo decipiendi conjugem derelictam caret, quem tamen requirit legislator in verbis, *betrüglicher Weise*. Quam ob rem in extraordinaria poena substiterunt Witebergenses apud Bergerum *El. crim. P.* II. *Obs.* CLIII.

Par ratio est ejus, qui ob longiorem conjugis *absentiam*, justam desertionis caussam se habere, ratus, ad secundum conjugium prolapsus est, quum etiam *fatua* caussa a dolo excuset, et incontinentia allegatio multum roboris habeat, in favorem innocentis, si vel maxime is veniam novi matrimonii a principe petens, repulsam tulerit, cujus rei singularem casum recitat Leys. *c. l. Med.* II.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM LXVI. N. 73.

Soluta marito conjugato nubens bigamiam non incurrit.

Puella soluta in hac specie *uni* marito, non *duobus* copulata est, sine qua posteriori circumstantia bigamiae committi ab ea nequit, Engau *Elem. crim. Lib.* I. *Tit.* XVI. §. CCXVIII. Haec enim refertur ad conjugem vere talem, non simpliciter ad matrimonium, cui forsan ex altera parte polygamia cohaeret. Unde per hoc non magis a bigamia mariti, quam ab ejus lenocinio puella participat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXVII. N. 17.

Sponsalia mutuo dissensu sine judice dissolvi posse.

Quae ratio impedit, quo minus sponsalia *clandestina* hic in computum veniant, eadem quoque rite dissolutis obest. Uti enim desponsatis integrum est, *mutuo* dissensu a sponsalibus recedere, ita sine poena nova inire possunt, quum *binorum sponsalium* crimen non committatur, nisi propria legitima fuerint, et adhuc constiterint. Quid ergo, si sine *judice* ecclesiastico per transactionem sopita? Respondet Leys. *cit. l. N.* XXVI. perdurare illa, adeoque sine fraude alia a desponsatis iniri non posse. Utrum fundata sit haec doctrina, a quaestione praejudiciali pendet, an *privata auctoritate* desponsati recedere possint a vinculo? Quae dubia sibi interpretes hic formare soleant, ex iis, quae Broverus *de jur. connub. Lib.* I. *c.* XXIV. §. LVI. et B. Parens *jur. eccl. Lib.* IV. *Tit.* I. §. CLXII. proponunt, satis apparet. Licet vero iidem errorem communem de illicita dissolutione sponsaliorum satis profligaverunt, nihilominus tamen cum Brucknero *Decis. matrim. c. L. N.* LVIII. in ea sunt haeresi, quod *judicis* interventu opus sit, a quo desponsati bonis modis adigendi, in subsidium vero dissolutio admittenda. Fateor hanc doctrinam in observantiam forensem degenerasse, ut fere

sacrilegii instar esse videatur ab ea recedere. Verum, si jurisprudentiam non ex opinionibus Doctorum, aut praeconceptis sententiis, sed genuinis rationibus aestimare volumus, *plena* libertas desponsatis vindicanda. Cui usui enim judicis intercessione, quum sponsalia *privati arbitrii* esse plerique fateantur? Deo per sponsalia quid promitti, pro fabula habent. Quid ergo opus auctoritate publica, qua vinculum divinum putativum remittatur, quum privata promissio a solis desponsatis pendeat? Certe Pontifex in *c.* 2. *X. de spons.* aliud non disposuit, qui, etsi judici ecclesiastico tentamen concordiae comperto mutuo desponsatorum dissensu, ex officio suscipiendum commendat, desponsatis non magis, ut consilium mutuum huic deferant, quam huic, ut mediante sententia sponsalia praecise dissolvat, legem imponit; quin potius per injunctam tolerantiam ruptorum sponsaliorum ejusmodi factum judicis excludere videtur. Praeterea ratio a *societate* in cit. textu mutuata satis evincit, vinculum sponsalitium a sociorum mutua voluntate unice pendere. Et tantum abest, ut judex spontaneam dissolutionem impedire possit, ut potius morem gerere teneatur, quoties recedere volunt desponsati. Ubi vero judex obniti nequit, nec *caussarum* allegatione opus, ibi frustra ejus auxilium imploratur. Unde prorsus mihi non peccare videntur, qui *privata* transactione a pristino vinculo liberati, nova sponsalia ineunt, multo minus binorum sponsaliorum rei habendi, nisi ex papizante jurisprudentia rationes subducere velimus.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXVII. N. 27.

Cur jure Saxonico qui cum posteriori sponsa concumbit mitiore poena afficiatur?

Rationem Auctoris a *favore* futuri matrimonii desumtam, satis divinatoriam esse, nec simpliciter ad remissionem sufficere, sed tunc demum, si futurum matrimonium cum posteriore sponsa sperandum, usum habere, recte judicarunt JCti Wittenbergenses apud Bergerum *El. crim. p.* 194. eaque de caussa non sine fundamento interpretationem exoptarunt, ne contra poenarum proportionem exceptio superesset, quum utique gravius delinquit, et majori poena dignus sit, qui, quaeve desponsatus, desponsatave, contra fidem datam, et vinculum antecedens cum novis sponsalibus concubitum conjungit, quam qui solutus, vel *sui juris*, alterius sponsalia foedo concubitu maculare conatur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 10.

Sententia juris Mosaici circa ducendam, vel dotandam puellam stupratam. Fundamentum praxeos hodiernae est corruptela puellae.

Nondum inter eruditos evictum, quae vera legis *divinae* fuerit sen-

tentia, utrum obligationi nubendi *necessitas* dotandi conjuncta, an obligatio ad dotandum pro *alternativa*, aut *subsidiaria* habenda sit, et quo jure *parentibus orba* circa exigendam dotem gavisa sit, ut ex scriptis Brouveri *de jur. connub. L.* I. *C.* XXVI. *N.* II. Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* III. *C.* VII. *N.* XVIII. Seldeni *de uxore hebraica. Lib.* I. *C.* XVI. B. Parentis *Jur. eccles. Tit. de adult.* §. II. apparet. Omnium verisimilior est sententia Clerici, 1) stupratorem, pro depellenda ignominiae labe puellae stupro adspersa, obligari ad *ducendam* vitiatam, non vero tum *simul* teneri ad *dotationem*, qua quidem, si juvenis uxorem, non item si puella maritum quaereret, opus erat: tum 2) dotis solutionem nec ab ejus, nec a vitiatae voluntate, sed a solius *patris* arbitrio pependisse, ut si huic displiceret affinitas, virginalem dotem a *stupratore* acciperet: denique 3) pretium hoc nomine solvendum *poenam* fuisse, et vicem mulctae propter ereptam virginitatem subiisse, cujus determinationem habes *Deutr.* XXII. 29. Neque juris canonici dispositio in *C.* 2.*X. de adult.* certior, cui modo alternativae, modo subsidiariae obligationis probationem tribuunt, quamvis, ut verum fatear, illa huc prorsus non pertineat, dum de dotatione nihil omnino disponit, sed de castigatione poenave ecclesiastica agit. Planior *praxis* forensis a Glossatoribus invecta, qua certum est, *aut* ducendam, *aut* dotandam stupratam, cui, etsi ansam dederit jus divinum, prorsus tamen non suffragatur, quin potius multis modis repugnat. Enim vero a) obligatio stupratoris hodierna est vere alternativa, quae sua natura *debitori*, qualis est stuprator, optionem relinquit, puellae non item concedit, sed *alterutrum* petentem, exceptione: *plus petitionis* repellit, Leys. *Sp.* DLXXXIII. *Med.* I. nisi *facto* stupratoris, vel *lege* matrimonium sequi non possit, ubi puella *simpliciter* ad dotem agit, vel si stuprator ob *facultatum* defectum dotare nequit, ubi solum ad *consumandum* matrimonium experitur, B. Parens *Jur. eccles. Tit. de sponsal.* §. LV. Multo minus *patris* puellae arbitrio electio inter nos committitur Brouer *c. l.* §. IV. adeo, ut ne quidem *dissensu* in matrimonium dotationem impedire queat. b) fundamentum obligationis ad dotandum nec a *poena* ereptae virginitatis, uti visum Brouero *c. l. N.* XLVII. nec a compensatione *matrimonii*, ceu judicavit Berger *oecon.jur. p.* 1214. sed a mera satisfactione pro injuria per stuprum illata, seu, quod eodem recidit, a *corruptela*, quae ex parte viri intercessisse censetur, repetendum, ut fatetur Leys. *c. l. Med.* XI. et pluribus conclusionibus ex hac sola ratione explicandis, probat B. Parens *c. l.* §. IX. *seq.* Ita vero dogma hoc est prorsus *novum*, suis *proprius* rationibus constans; et ex his unice explicandum, ut oleum et operam perdant, qui hodienum in controversiis huc pertinentibus rationes ex jure *mosaico* mutuare satagunt, et misturam juris *forensis*, a quo dudum recessum, quodque proprias suas rationes habuit, cum *hodierno* suscipere conantur.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 18.

Inopi stupratae utique dos debetur.

Haec decisio apprime respondet pseudoprincipio de *surrogatione* dotis in locum matrimonii, quo posito, impedito quomodocumque citra culpam stupratoris *matrimonio*, dotatio exulare deberet. Sed quid si virgo stuprata ob bonorum defectum omni *dote* caret? Quid si vidua stuprata, a patre nullam dotem acceperit, an dotem a stupratore petens repellenda? Neutrum salva juris analogia asserendum, sed utrique satisfaciendum in compensationem *injuriae* quam talis, aeque passa, ac illa, cui dotem a patre accipiendi spes non defuit. Quanto rectius sentiunt, qui mensuram quantitatis a qualitate *corruptelae*, injuriaeve, quam sola vitae conditio, vel aggravat, vel elevat, petunt, et si bonis moribus conspicua, dignioribusque parentibus nata, *majorem*; sin paululum luxuriaverit, procax coitum ipsa promoverit, inferioris gradus parentibus nata, paulo *minorem* consequitur. Quum enim solius satisfactionis hic habeatur ratio, haec autem pro conditione injuriae determinationem suam capiat, non potest non ista dotis constitutio hoc solo principio regi.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 40.

Mortua stuprata ante litem motam stuprator a donatione liberatur. Mortuo stupratore ejus heredes in nexu manent.

Pugnat haec sententia cum *alternativa* obligatione, quae si absque facto debitoris electio cessat, penitus corruit, consequenter in praesenti specie, mortua stuprata, extinguitur, et sic ne quidem ad *dotationem* perdurat, nisi vitiata quaesta fuerit de stupro, quia tunc ex *quasi contractu* tenetur stuprator, nec tergiversatione sua, inter cujus moras mors stupratae successit, se liberare potest a necessitate dotationis. Perez. *in C. ad l. Jul. de adult.* Quid vero de *heredibus* stupratoris mortui dicendum, si is inter moras litis decesserit? hi intuitu dotationis utique ob concurrentem quasi contractum in nexu manent. Alioquin, lite contra stupratorem non mota, si principia juris *Romani* spectes, liberantur, quia obligatio ex delicto in eos non transit, non item si *rectam rationem* sequeris, quam jus canonicum in *Cap. 20. de rapt.* probat, quum alia sit ratio *poenae*, quae personalissima est, alia *satisfactionis* privatae, quae bona afficit, et sic tametsi ex delicto oriatur, heredes stringit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 43.

Dolus vel culpa in committendo stupratam a dolatione repellit. Aliud si omittendo peccaverit. Quid juris si utriusque stupratoris et stupratae culpa concurrat?

Caussam puella stupro praebet *committendo*, vel *omittendo*: illud fit verbis irritantibus, vultu lascivienti, gestibusque libidinosis, aut majore adhuc gradu, si procax puella palam stupratorem appellaverit, et ad coitum invitaverit. Hoc vero, quoties non adeo repugnaverit, sed sine mora juveni se submiserit. Posteriori casu gradu *remissiori* peccat, quia indulgentia ista dolum vel seductionem stupratoris haud excludit, multo minus inde pendentem obligationem alternativam, stuprata autem nihilominus *existimationis* dispendium injuriamque patitur, cujus justa est compensationis petitio. Priori, damnum, quod propria *culpa* sentit sentire non videtur, libidinis auctor, nec seducta, sed seductrix est, quae favorem haud meretur, et proxima est puellae *meretricio* more viventi, Stryck. *in not. ad Brunnem. jus. eccles. Lib.* II. *C.* XVIII. §. XXVII. *in f.* Richter *decis.* LXXXVIII. *N.* XVIII. dum modo facta ejusdem ita comparata, ut *major* culpa in illam, *minor* in juvenem, vel in utrumque *aequalis* cadat. Nimis vaga enim videtur mihi sententia Richteri, qui in sola *occasione* a puella subministrata acquiescit, eique satis culpae inesse ad removendam puellam existimat. Si enim haec rationem decidendi subministrare posset, non difficile stupratori foret, ex his vel illis circumstantiis caussam occasionalem extorquendi, et obligationem suam semper eludendi. Si de *provocatione* ad coitum, aut *spontanea* oblatione corporis constat, res clara est; secus, si aut verba fuerint *aequivoca*, aut gestus, vel vestitus incitamentum mali constituere videntur, ubi jus in *facto* positum, et utrum verba vel facta caussae *proximae*, an *remotae* proprius accedant, examinandum, interim in hac quaestione *generalem* regulam confici non posse, sed multum prudentiae judicis deferendum esse, existimo, qui pro *aetate*, aut *conditione* puellae judicabit, an infirmitatis *favorem* mereatur, quum sermones impuri *rusticis*, aut levioris notae hominibus sint familiares, honestioribus salva honestate vix conveniant, in *primo flore* aetatis non tam, quam post aetatem *adultiorem* dedecori sint, vestitus, vultusque inconsuetus esse et venerem spirare possit inter honestiores, vix inter rusticos, quibus, ut pene nudae incedant puellae in praestandis operis, solemne est.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 52.

Stuprator qui uxorem duxit a dotationis necessitate non liberatur.

Culpam quam hic comminiscitur Auctor, ut verum fatear, non per-

spicio, nisi vel mox post celebratum coitum, vel quum litem stupratae juste timet, et sic ad eludendum *civile* judicium *matrimonium* elegit. Alioquin, quum ejus celebratio honestissima, nec stuprum olim commissum ea in re ci impedimento sit, nec ut stuprator puellam ad agendum provocet, ipsi ulla necessitas imponatur, omnis omnino *culpa* mihi abesse videtur, ex qua *simpliciter* ac *absolute* haec decisio repeti posset. Planiorem rationem ipsa indoles satisfactionis subministrat, quae, si mediante *matrimonio* fieri nequit, ad minimum *dotatione* procuranda, et hoc modo afflicta puella erigenda est, quum sufficiat, quod factum stupratoris stupratae fraudi esse nequeat.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 65.

Stuprator, licet poenam corporalem subierit, ad dotationem tenetur.

Si verum, uti omnino est, quod satisfactio publica non tollat privatam, vix dubito, quin Auctor hic deserendus sit. Tractat hanc juris quaestionem late Oldek. *dec.* II. *qu.* III. *et* XI. unde plenissime Auctori satis fit, contra decisionem praesentis quaestionis ab eo factam. Neque *Glossa* juris Germanici ipsi prodest, in qua vox *büssen* male ad *satisfactionem* privatam refertur, quum de *poena privata* genti in casu homicidii olim solvenda, capi debeat, et secundum propriam notionem de- *poena* praedicari soleat, ut alibi ostensum.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 67.

A marito stuprata simpliciter dotanda. Variae sententiae. Doctrina Puffendorfii examinatur.

Dici non potest, quomodo in decisione hujus quaestionis fluctuent interpretes. Negativam cum Auctore defendit Mev. *ad jus Lub. Lib.* IV. *Tit.* V. *A.* I. *N.* IX. eamdemque sententiam ad incestum commissum transfert cum Auctore *Lib.* V. *Tit.* IX. *R.* LXXXIX. Wernherus *P.* IV. *Obs.* CCXLIV. sed frustra. Non enim sequitur, stupratorem puellam ducere non posse; ergo dotare non teneri. Nexus inter utramque obligationem non est talis, ut posterior praecise *possibilitatem* prioris supponat, quum alioquin, matrimonio quocunque modo post contracto, obligatio ad dotandum eludi posset, quod absurdum. Quin potius obligatio, qua succurrendum, et satisfaciendum puellae, ita accipienda ut, si *una* via obtineri nequit, obtineatur *altera*, ceu ex *clerico* stuprante liquet, *qui ducere* nequit, *dotare* tamen vitiatam tenetur, B. Parens *c. l.* §. XII. Aliter Bergerus *in oecon. jur. p.* 1214. qui, erciscundus, ob *incestum* commissum Auctori suffragatur, non aeque ob *matrimonium* obstans, quasi, ubi hoc *nullum* est, ibi nec *dos* esse intelligatur. Sed hoc ratiocinii genus ab indole *verae* dotis desumtum jam profligavit Leys. *c. l. M.* XI. quia hic mera satisfa-

ctio privata, quae *abutive* dos vocatur, concurrit, nec ad jura dotalia exigi potest. Sunt, qui utrum vitiata mariti stuprantis conditionem *sciverit*, an *ignoraverit*, distinguunt, et *priori* casu puellam alimine judicii repellunt, *posteriori* admittunt. Richt. *dec.* LXXXVIII. *N.* XXIV. Bardili *de satisfact. stuprat. c.* III. *M.* III. *N.* XXXV. Sed fac, maritum adulterio gravius peccare soluto: an ideo ratio satisfactionis in illo cessat? et an non haec tanto fortior redditur? Neque etiam, quod excipit Wernherus *c. l.* vitiatam *renunciasse* hoc casu juri suo, probari potest, quum in dubio id factum fuisse asseri nequeat. Unde rectius utroque casu ex limpidissimo principio, quod dotatio sit mera privata *satisfactio*, hanc distinctionem rejiciunt, et puellam utroque casu admittunt, Leyser. *c. l.* B. Parens *c. l.* Alio ex fonte Auctorem defendit Ill. Puffendorff *T.* I. *Obs.* XLIV. dum ex rationibus juris *Mosaici* suppetias petit, caussatus jus divinum principaliter ad *ducendam* virginem corruptam tendere, adeoque ad eum casum pertinere, quo leges matrimonium cum stuprata permittunt, contra, si non permittunt, ut hodie in eo fit, qui uxorem jam habet, accommodari non posse; illo casu obligationem ad ducendum *principalem*, ad dotandum *subsidiariam*, hoc vero unicam ad *dotandum* superesse. Sed neque haec interpretatio admitti potest. Ut enim taceam in dogmate hoc novo, ex sola *praxi* repetendo, frustra juris *Mosaici* rationes in jus vocari, ceu Obs. I. jam ostendi, quaestio omnino praejudicialis est, an non *jure Polygamiae* maritus vitiatam ducere jure divino potuerit? quo admisso, decisio praesens claudicat. Neque ad rem pertinet, Polygamiam saltem institutis *Christianorum* repugnare. Nam si rationes a jure *divino* petendae, eae ex ejus, non Christianorum doctrina explicandae. Rectius itaque vitiatae hic *indistincte* succurrunt Lancellot. *instit. jur. can. Lib.* IV. *Tit.* VIII. §. III. *ibique* Zigler.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 70.

Intercessio innocentis maritum a dotatione non liberat.

Parum sibi constat Auctor, dum ob *intercessionem* innocentis maritum a dotatione absolvit, quum tamen in eo ratio juris Saxonici, quam ipse *N.* LXIII. allegaverat, cesset. *Maritus* certe puellam corripiens gravius peccat quam *solutus*. Nulla autem est ratio, cur hic deterioris conditionis esse debeat, quam ille. Neque reliquae rationes concludunt, quibus plenissime satisfecit Oldek. *c. l. Qu.* III.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 79.

Puella vulgaris vel a primo stupratore dotata agens repellitur.

Divortium ab hac sententia facit Wernh. *p.* VII. *Obs.* CXXXV. ex pseudoprincipio de dotatione non

delibatae virginitatis sed denegati *matrimonii* vicem subeunte. Sed certior est philosophia Auctoris, ex qua foemina queri non potest de injuria ac laesione, quam quis propria culpa sibi comparavit. Quae sententia multo magis vera, si puella eodem tempore cum *pluribus* se commiscet, et prostibulo proxima, meretricios mores aemulata est, vel a *primo* stupratore jam olim *dotata*, postea in proprium corpus peccare non cessavit.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 86.

De puella ultro pendente lite vel post sententiam victricem extraneo nubente. De dissensu patris in nuptias, quas stuprator contrahere paratus est.

Uti *alternativae* obligationi fraudi esse nequit, si *creditor* de facto id agit, ut electionem debitori intercipiat, ita in praesenti specie electionem matrimonii totam obligationem perimere dicendum est cum Wernhero *p.* V. *obs.* CCXII. Neque enim mora hic aggeri potest stupratori, siquidem haec ante condemnationem adesse non intelligitur, sibique vitiata *imputare* debet, quod properaverit ad *nuptias* cum alio, si vel maxime *lite pendente* alicni nupserit, quandoquidem tempore sententiae ejus *interesse* cessat, et suo *facto* stupratori optionem praeripuit, Wernh. *P.* III. *Obs.* LXXII. Cui non dissimilis est ea species, qua violata victricem *sententiam* ad ducendum et dotandum obtinuit, sed ante electionem ab alio *stuprum* patitur, quae, si nihilominus *executionem* rei judicatae petit, repellenda, quia stupratori priori electionem ademit, Leyser *c. l. in coroll. N.* VI. Secus ac juris, quoties stupratori, matrimonium optanti, pater stupratam dare recusat Leys. *c. l. N.* IX. Mev. *c. l. N.* XIX. Nam nec factum patris filiae praejudicare potest, quo minus si aliter fieri nequit, *dotationi* huic satisfiat, nec ratio juris patitur, ut *stuprator* omnem omnino obligationem exuat, quod summum *beneficium* foret, quo is indignus est.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 103.

De usu juramenti purgatorii vel suppletorii pro eruenda veritate, vel falsitate matrimonii a stupratore promissi.

Directa promissionis *matrimonii* probatio eo difficilior, et rarior, quo clandestinior. Nam non magis concubitus, quam ei cohaerens promissio testibus intervenientibus fit. Unde contingit[1], ut plerumque res *juramento* committatur. Utrum vero ad solam *stupratae* assertionem, reus *stuprum* fassus, *jus jurandum* purgatorium subire debeat, non adeo expeditum est. Ajentem sententiam, quam hic Auctor tuetur, mordicus defendit Brunnem. *in jur. eccles. Lib.* III. *C.* V. §. VIII. Verum ab ea iterum recessit Auctor *in jurisprud. consist. Lib.* III. *def.* XLVII.

et negantem praetulit, cui subscripsit Titius *in jur. priv. Lib.* VI. *C.* VII. §. IX. Neque negandum, utrinque non leviora prostare momenta. Praesumtio quae semper in *meliorem* partem fieri debet, et ab eo, quod ut *plurimum* fit desumta, fere regit argumenta eorum, qui *purgatorio* locum faciunt. Contra *frequentia* carnalis commixtionis, sine promissione *matrimonii* contingens multum prodest *stupratori* pro absolutione. Mihi videtur res ex circumstantiis *conditionis* stupratae, ac stupratoris, quae plerumque argumenta suggerunt, pendere, *c. f.* X. *de sponsal.* ut tamen non sola conditionis *aequalitas* rem conficiat, quum non sufficiat, salva existimatione nubere posse, nisi *voluntas*, et propositum ex *animi* caractere quodammodo colligi possit. Saltim in *dubio* contra juramentum purgatorium pronunciarem, quandoquidem, si vitam communem spectes, sat lubrica sint argumenta Brunnemanni. Iisdem difficultatibus implicatur quod vitiatae imponitur, juramentum *suppletorium*, si *artificiali* probatione caussam suam contra stupratorem, promissionem matrimonii negantem, instruxit. Praecipua dubitandi ratio ab *infamia* per confessionem stupri contracta mutuatur; sed eidem obstat, stuprum ex moribus hodiernis vix *infamare*, multo minus coitum sub spe matrimonii praetensi secutum, talem infamiam, quae *fidem* ejus tollit, producere, qua de caussa pro usu hujus juramenti pugnant Lynck. *decis.* CDXXXVII. DLXLVII. et Berger. *El. crim.* §. XXXVII. Multo cum apparatu thema utrumque excussit *de* Ludewig *de stupro sub spe matrimonii.*

OBSERVATIO XII.

AD

QUAESTIONEM LXVIII. N. 127.

Illegitimum nepotem mater in subsidium avus alere tenetur si pater mortuus. Quid si plures cum eadem coeunt?

Plerique hoc casu onus alimentationis *avo paterno* imponunt, in quam sententiam quoque ivit Auctor *jurispr. consist.* II. *def.* CCXLIII. et Stryck *ad Brunnem. J. E. Lib.* II. *C.* XVIII. XXVIII. Rationes, quibus haec sententia defenditur, ab obligatione liberos legitimos alendi desumuntur, non concludunt, ut ex professo docuit Mencke *de avo ad aliment. nept. illegit. praest. non obligat.* cum Wernhero *P.* I. *Observ.* CXXXIV. Nam nec *patria potestas*, nec charitas *sanguinis* ad avum quadrat, nec *aequitas* patitur, ut ex delicto filii sui oneretur. Unde potius *matrem* praeferrem, tum, quia obligatio ad alendum immediate ex facto *generationis* pendet, tum quia sanguine *propior* est filio, quam avus, tum quia iniquum est, ut illa ex *delicto* lucrum capiat, avus *innocens* vero damnum subeat. Matre cessante, demum ordo tangit *avum*, non solum *paternum*, sed *maternum* simul, quia utrique jus sanguinis, unde necessitatem alendi petunt, commune est, ratio *praeferentiae* vero, avo paterno propria, ad *legitimum* unice restringenda, huc non

quadrat. Illud hac occasione adhuc notasse juvabit, ipsam stupratoris obligationem ad alendum expirare', et neutri hoc onus imponendum esse, si constat, *plures* eodem tempore cum foemina sese commiscuisse, quia partus tunc pro *vulgo* quaesito habendus, WERNH. *P.* VI. *Obs.* CCCXCV. adeo ut unus tantum a stuprata conventus, cogi nequeat, ut *juramentum* super concubitu delatum praestet, vel referat, quia ob sanguinis, vel seminis confusionem, scire nequit, cui partus acceptus ferendus? ANT. FABER. *in C. Lib.* IX. *Tit.* VII. *def.* VIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXIX. N. 16.

Fata poenae stupri. Est stuprum hodie delictum seculare. Poena hodierna unde? Moribus vix infamat.

Vindictae quam expectant stupra, non *eadem* ubique fuit praxis, sed *multifarius* usus, prout fata ex variis temporibus composita loquuntur. Major constantia in republica *Romana*, ex quo AUGUSTUS lata lege *Julia de adult. maculosum edomuit nefas.* Ante solus *pater* vindex pudicitiae liberorum erat. Verum eadem illa lege stuprum speciem delicti *publici* induit, et certa poena, pro diversa *conditione* personarum coercitum, qua de re docte commentatus est JOH. GUILLIELM. HOFFMANN *in opusc. ad l.Jul.de adult.* Mitius hoc in argumento fuit jus *Canonicum*, quod magis curam animarum habuit et poenas *ecclesiasticas* huic crimini imposuit, *C.* 2. *de adult.* Inter has famosa fuit *poenitentia*, quae communionem turpi facto amissam, praevia seria *cordis contritione* restituit, sed pedetentim illa in *quaestum pecuniarium* conversa, admissa poenitentiae *redemtione*, cujus rei abusum graviter notavit Sec. XII. ALEXANDER *in C.* 3. X. *de poen.* frustraneo licet conatu, adeo, ut sequioribus temporibus *redemtio* continuata, et tandem ita firmata, ut vere *multuarium delictum* esse coeperit stuprum. Famosi in his poenis exigendis fuere *archidiaconi* in judiciis *synodalibus* coactis, quibus proprium erat, de stupris cognoscere, quorumque excessus tantopere creverunt, ut ipsi Episcopi iis litem desuper moverint, KRESS *in Archidiaconal Wesen des Hochstiffts Osnabrüg. p.* 271. Quum vero ista synodalia judicia defugere nemini integrum esset, *Spec. Sax. Lib.* I. *A.* 1. non mirandum, quod stuprum non tantum ad crimina *ecclesiastica*, verum etiam ad monopolium judiciorum *ecclesiasticorum* relatum, et foro *seculari* subtractum. Qui enim judices seculares stupri reos in jus vocare potuerunt, quos a judice ecclesiastico puniri videbant, quosque duplici poena affici, regulae justitiae vetabant. Et cur CAROLUS V. qui tam sollicite de reliquis criminibus carnis disponit, *stuprum* tanti non habuit, ut ejus vel binis verbis memoraret? si non satis expiatum istud delictum poena *pecuniaria* a judiciis ecclesiasticis imponi solita, duxisset. Postquam vero puriora sacra post reformationem re-

stituta, et hac occasione judicia ecclesiastica in genere ad proprios Cancellos restricta, evenit, ut, quod in salutem *publicam* immediate impingit delictum, et sic fere *seculare* est, foris *secularibus* vindicatum fuerit, retenta poena *pecuniaria*, usu longaevo probata, sensim vero graviori pro *conditione personarum* addita, in quo statu illud hodienum consistit, ut praxis quotidiana docet. Quum itaque hac methamorphosi in delictum *publicum* degeneravit, non sine ratione quaeritur, an, et quatenus *infamia* ex stupro condemnatum sequatur? Non repetam contentiones interpretum, quibus modo infamiam *juris*, modo *facti*, modo *neutram* eidem cohaerere sustinuerunt, quorum doctrinas proposuit LEYSER *Sp.* LII. *M.* II. et *sp.* DLXXXII. Mihi semper ad palatum fuit sententia MEV. *ad jus Lüb. P.* IV. *Tit.* IV. *N.* I. *in addit.* non convenire statui publico, quod plerumque *juventutis* delictum est, et *infirmitatis* humanae argumentum, tantopere coercere, ut munerum, artiumque impares reddantur, qui de eo convicti. Licet enim, quod is gratis negat, jure *Romano* tanquam judiciis publicis vindicatum, infamiam importaverit; jus Romanum tamen in eo vindicando nunquam fuit receptum, sed potius ex *moribus* Germanorum in judiciis ecclesiasticis natis et a foris secularibus *adoptatis*, poena aestimari coepit. Germani vero, tantum abest, ut aliquid de infamia commenti fuerint, ut potius illud poenis pecuniariis *plenissime* expiari crediderint. Atque hac ratione potissimum moveor, ut contra infamiam *forensibus* non *domesticis* legibus propriam, pronunciandum hodienum existimem, quoties circa eam, ut saepe fit, lis movetur. Usus quaestionis in eo potissimum consistit, utrum stuprum aliquem e collegiis *opificum* ejiciat, *honoresque* tollat, aut saltim aditum occludat? quod ii non possint non asserere, qui vel juris vel facti infamiam propugnant. A quibus ut dissentiam, illud inprimis me movet, quod *rarior* in Germania sit *infamia*, genio nostrae reipublicae non aliter propria, quam si tale factum commissum, quod magis *improbitate*, quam *lapsu humano* se commendat. Posse nonnunquam stuprum infame fieri, non negaverim, si de *insidiis* singularibus, et injuria propter diversam utriusque *personae conditionem* constat, eamque ob caussam talem *poenam*, cui *macula* cohaeret, nonnunquam producit. Qua tale autem, et inter personas nativitate, aut conditione non multum *dispares* commissum, existimationi, indeque dependentibus juribus nil prorsus detracturum, certo persuasus sum. A *testimonio* sane non repellit, nec unquam fidem alicui ideo, quod stuprum commiserit, denegatam recordor. Quid? quod plures hodienum *honores* gerant, non obstante, quod de stupro convicti, et ad alimentationem partus condemnati, quibus infamiam opponere, absurdissimum fuerit. Fatentur id plures, sed moribus *corruptis* tribuunt: ego vero isto refugio opus non esse existimo, ubi planiora ex jure *patrio* prostant fundamenta. Quod vero honestioribus justum, ceu observantia quotidiana docet, cur inter *opifices* alio modo definiendum sit, ego quidem asse-

qui nequeo. Eumdem in modum contra hanc infamiam disputavi *Qu. praeced. Obs.* XI.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXIX. N. 36.

Stuprum in mentecaptam non est violentum. Dormienti illatum insidiosum est.

Sunt, qui stuprum in *mente captam* commissum pro violento habent, BERGER *ad art.* CXIX. *C. C. C. pos.* IX. ex professo SCHMID *de stupro in mente captam commisso.* Imo ex BEATO *de matrim. P.* II. *Tit.* XXVI. constat, Scabinos Lipsienses olim ideo poenam gladii definivisse, quam sententiam egomet secutus sum in *El. jurispr. crim. S.* II. §. CXXIII. Eam nunc muto, evidenti ratione motus; quod ex sola *voluntatis* stupratae *absentia* vis colligi nequeat. Agitur hic de poena *capitali*, quae temere non imponenda, sed *certam* legis definitionem requirit, qualis in hac specie deest. Quidquid pro violentia allegari potest, huc redit, quod violentum stupro *voluntario* tantum opponatur, adeoque omnes coitus, in quem non cadit consensus, pro violento habendus sit, aeque ac juris est in coitu cum puella *immatura*, qui non alia ratione, quam quia haec consentire nequit, ad stuprum violentum refertur. Ita vero manifeste vitium in oppositione committitur, quum stuprum *involuntarium* demum sit *voluntarii* oppositum, et aeque cum *absentia*, ac *repugnantia* voluntatis committi possit, posteriori casu demum *violentum* audiat, priori sola *improbitate*, et insigni *doli* gradu se commendet. Rectius itaque stuprum in *mentecaptam ad intermediam* speciem, quae nec ad violentum nec ad voluntarium pertinet, referendum, propter improbitatem eidem cohaerentem vero, paulo *asperius*, quam hoc, lenius quam illud coercendum est, sicuti in omni doloso improbo, ac insidioso stupro juris. Saltim in dubio ob deficientem sanctionem *expressum*, ita eo magis pronunciandum, quo certius est, per stuprum in mentecaptam securitatem honestarum personarum tantopere non laedi, uti quidem per illud, quod *vim* conjunctam habet, praeterea verba *art.* CXIX. *C. C. C. mit Gewalt uud wider ihren Willen* vim et reluctantiam, non solam absentiam voluntatis absolvere. Quo posito Scabini teste SCHILTERO *Ex.* XLIX. §. CII. recte in poena *extraordinaria* substiterunt ideo, quod, licet stuprata non possit *velle*, nec tamen possit *nolle*, h. e. *reluctantiam* edere, unde violentia proxime colligenda. In *violento* quidem deest *voluntas*, sed in involuntario non protinus adest *violentia.* Haec renisum requirit, ut non noluisse, haud sufficiat, nisi de noluntate signis externis declarata seu reluctantia constat. Neque obstat, exemplum stupri in immaturam puellam, quod, etsi haec nec velle, nec nolle potest, tamen *capite* coercetur. Nam poena capitalis magis ob *improbitatem* singularem imponitur, nec per se *necessario* argumentum violentiae constituit. Ita vero non opus est, illud ad violentum *improprium* referre, uti factum a ENGAVIO *El. jurispr. crim.*

Lib. I. §. CCXXXIV. quia cum hoc nil amplius commune habet, quam quod neutrum *voluntarium* sit, ex quo tamen valida consequentia ad *violentum* trahi nequit.

Eadem prorsus ratio est, si *dormiens* compressa ignoranter. Equidem contra *corpus delicti* non sine fundamento aggeri posset, vix fieri posse, ut puellae dormienti sine *sensu* vis inferatur, in quam sententiam iverunt Jenenses apud Wildvogel *R.* CCXII. *N.* IX. Sed possibilitatem auctoritate medicorum propugnarunt. Iidem apud Lynckerum *Dec.* LXXX. et Wittebergenses apud Berg. *Elect. crim. P.* I. *p.* 9. et *P.* II. *Obs.* VI. imprimis si somnus *praeternaturalis*, et opiatis procuratus est, cujus rei notabilem casum exhibet Alberti *jurispr. medica T.* I. *P.* II. *Cons.* XX. Non tamen hocce stuprum quod vere *insidiosum*, ac *improbum*, pro violento haberem, et capite vindicarem, nisi puella antea *renituerit*, sed medicamentis *praeparata*, in somno vim passa sit, quandoquidem omnia media, reluctantiae opposita, *morali* aestimatione non possint non *violentis* accenseri, quo modo limitanda sententia Auctoris c. l. Caeterum utrum interpretatio constitutionis Electoralis ab Auctore facta recte se habeat, dubium est, ob ea, quae tradit Thomasius *de jure circa somnium et somn. p.* 86.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXIX. N. 45.

Stuprum cum ludimagistro, vel judaeo, an qualificatum audiat?

Circumstantiae *stupri* poenam intendunt, quoties vel *dolum* augent, vel *injuriam* per stuprum illatam. Illuc in primis *insidiae* pertinent, quibus puella circumventa, ut stupratorem admiserit, quae, si graviores fuerint, multis verborum lenociniis explicatae vel saepius repetitae, eo majus *odium* conjunctum habent, quo facilius puella in primo aetatis flore his laqueis irretiri potest, adeoque tunc ad *summum* improbitatis gradum adscendunt, Voet. *ad ff. tit. ad l. Jul. de adult.* §. II. Iis proxima *officii* delegati qualitas, utpote si *ludimagister* puellam sibi commissam subegerit, cujus malitia, dum reverentiae speciem prae se fert, mirum in modum augetur. Huc quoque conditionem *disparem*, quae inter stupratorem et stupratam intercedit, refero, sive quod *famulus* in heri sui filiam lasciva tentaverit, sive quod *principis* sui natam, aut sororem, cum maximo *domus augustae* opprobrio quis constupraverit, cujus poena ad *capitis* truncationem extendi posse, monet Leyser. *Sp.* DLXXXI. *M.* VIII. Quod de *Christiano* cum *Judaea* se commiscente, profert exemplum Auctor noster, non extra dubitationem positum. Quondam parum pie de eo judicatum, ceu ex disquisitione, utrum illud gravius, quam in *mo-*

ninlem commissum sit, apud Marq. de Susannis *de Judaeis*. *P*. I. *C*. XIII. apparet. Zelus *religionis enim* in animis clericorum et laicorum effecit ut, concepto contra Judaeos odio vatiniano, nihil non probrosum de iis commenti fuerint, eos in classem *pecorum* retulerint, et sic stuprum cum Judaea non modo grave, sed *prodigiosum*, quod *sodomiae* appellatione venit, existimaverint. Parum ab his principiis abfuit *Suevus speculator*, dum utrique consuescenti *C*. CCCXLVII. rogum paravit. Clarior adhuc est professio eorum, qui sequentibus temporibus crimen hoc ad sodomiam *directo* retulerunt, ceu ex Boerio refert Granz *de defens. reor. P*. II. *p*. 33. *N*. DCCCXXXI. Sed utrumque cordatioribus merito displicet, posterius tauquam absonum, prius velut rivulus odii communis quidem, sed paulo iniquioris, nec legi *verbis*, nec *ratione suffulti*. Praesidium quod ex *l*. 6. *C*. *de jud*. petitur, vix nomen meretur, siquidem l. cit. tantum *matrimonium*, et quidem ob justum metum, ut Christianus ad sectam judaicam transeat, damnat, hic autem de mero stupro quaestio est, quod transitorium delictum constituit, nec metum mutandae religionis Christianae conjunctum habet, uti matrimonium eique cohaerens individua vitae consuetudo. Adeoque religio cum stupro non magis, quam cum contrectatione furtiva, aut rapina, a Judaeo et Christiano junctim commissa, quid commune habet. Crimina haec ab homine *qua tali* perpetrantur, adeoque non apparet, quale opprobrium judaismus iis addere queat. Multo minus *macula* Judaeorum consuetudinem carnalem auget, quum alioquin haec, quoties cum vilissimis personis suscipitur, crimen stupri aggravaret. Et quum in aliis causis Judaei jure *communi* fruantur, et internecinum odium in Judaeos, hodie fere deferbuerit, quid caussae superest, cur stuprum cum iis commissum non ad *communes* regulas exigendum? Ego saltim hic nil mutandum censeo, neque aliter JCtorum duumviri Wernherus *P*. VI. *Obs*. CDXVII. et Leyser *Sp*. CCCLXXXI. *N*. XV. pronunciarunt.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXIX. N. 64.

Poena stupratarum.

Eamdem distinctionem probat Theodor. *coll. crim. c*. VI. *aph*. IV. *N*. XLI. puellasque blando sermone deceptas sub obtentu *seductionis* absolvere intendit. Verum haec ratio tantum docet, *mitius* cum his agi, contra *graviori* poena dignas foeminas justae *aetatis*, vel *viduas*, quae, amores venereos expertae, resistere illecebris debuissent. Nam poenae stupri in genere aggravari possunt ob circumstantias *singulares*, veluti ob *dolum*, vel ipsam per stuprum illatam *injuriam*, ut Auctor ipse *N*. XLII. notavit. In eamdem cum Theodorico sententiam conscendisse videtur Schilter *Ex*. XLIX. §. XCVI. quasi *virginitatis* et *honoris jactura* poenam satis compenset. Sed neque haec ratio majoris momenti est, quum a damno privato, quod sua *culpa* incurrit, ejusque

compensatione ad vindictam *publicam* argumentatio non valeat, Beckmann *de privil. mulier. p.* 118. Neque aliam legum romanorum hac in parte sententiam fuisse ex *l.* 18. et 20. *C. ad l. jul. de adult.* infert Mathaei *cit. l. Tit.* III. *C.* V. *N.* V.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXX. N. 5.

Differentia quaestuariae mulieris, stupratae, concubinae, pellicis.

Ita recte notionem *quaestuaria* mulieris seu *scorti* publici Auctor exposuit, cui etiam congruit *l.* 41. *de Rit. Nupt. l.* 43. §. 6. eod. Hinc petenda differentia ejus 1) a *stuprata*, quam ingenuam et honestam esse, oportebat *l.* 34. *ad l. Jul. de adult.* non obscuro loco natam, lenonis, aut arenarii filiam, vel quae pudorem decoxerat. Hanc regulam ipse Ulpianus probat. *l.* 1. §. 1. *de concubin. quod sola illae in concubinatu haberi possint, in quas stuprum non committitur.* Committebatur autem, ut dictum, in ingenuam tantum. 2) a *pellice*, vel *concubina*, quo nomine, utrinque probroso, ante l. Jul. *promiscue* veniebat muliercula aqua et igne non accepta, sive coelibi, sive ei, cui uxor erat, corpus commodaverat, donec per l. Juliam concubinatus *nomen* assumsit, et ad eam consuetudinem restrictus, qua puella sine nuptiis a *coelibe* ducta: pellicatus vero, quo *conjugatus* secundariam uxorem habebat, ad pristinam quantitatem exactus. Hoc enim facto pellicatus *criminosus*, concubinatus *honesta* et *licita* consuetudo esse coepit, ipsaque concubina *amica*, *gratuita uxor* et *vice conjux* in antiquis inscriptionibus vocata, teste Langlaeo *semestr. Lib.* VIII. *C.* VIII. et Heinec. *ad l. Pap. pop. p.* 167.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXX. N. 16.

Professio meretricum publica in Latio.

Fata exercitii *publici* hujus propudiosae libidinis sub Imperatoribus optime persequitur *vir cl.* Rivinus *de muliere quaestuaria.* Ipsa *lupanaria* majoris *periculi* vitandi caussa tolerata, constat. Creditum enim juvenes ea venere contentos, a pudicis foemellis, uxoribusque sollicitandis facile se temperaturos, ceu eleganter docet Langlaeus *c. l.* Ratio *climatis* itaque, et *furor venereus* subinde incrementa in Oriente capiens, cogebat superiores, occasionem subministrare, quae sine *injuria* aliorum frena libidinis taxari possent impune. Hinc non modo tolerati, verum legibus publicis probati *fornices*, in quibus veneris mancipia delitescebant. Ne autem quid *legalis* licentiae deesse videretur, professio exacta est apud *aediles*, subinde apud *Beneficiarios principis* ac *curiosos*, consignatis in *albo* singularum meretricum nominibus, et exacto *vectigali* publice praescripto, donec sub Imperatoribus *Christianis* subinde obex lasciviae positus. Ab his moribus,

omni aevo alieni fuerunt majores, quibus vita casta semper in deliciis posita, et licet exempla toleratae vitae meretriciae nec olim omnino defuerint, nec etiamnum desint, *laxior* tamen libido nullibi probata, adeo ut hodienum Germani et universi Christiani meliora edocti, asperius scorta coerceant, maxime si *lue venerea* laborant, alios inficiunt, et in discrimen non modo *vita*, sed *sanitatis* conjiciunt.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXX. N. 42.

Concubinatus olim in deliciis, hodie prohibitus.

Si de concubinatu *temporali* et *dissolubili* quaestio movetur, res clara est. Is enim libidinosae vitae indubium argumentum est, quae veniam non meretur. De *perpetuo* autem, qui Romanis sub gentilismo familiaris, et sub Christianismo cum inter clericos, tum inter laicos adoptatus, et in Germania usque ad Sec. XVI. observante B. Parente *jur. eccles. Lib.* III. *Tit.* 2. §. XXV. notus fuit, major dubitatio est, quia vera *affectione maritali* constat, et sola *solemnitate ecclesiastica* a matrimonio legitimo differt. Sed etiam hunc post plures constitutiones papales reprobarunt leges Imperii, inprimis *Ref.polit.* de *Ao.* MDXXX. *Tit.* XXXII. Lnec non *de Ao.* MDXLVIII. MDLXXVII. nec aliter fieri potuit, ex quo *benedictio sacerdotalis*, vel alia solemnitas legalis ad essentiam matrimonii legitimi requisita, et sic omnis coitio, sine illa celebrata, quae vulgo concubinatus appellatione hodie venit, damnata. Egregie de hoc argumento commentatus est B. Leyser *ad ff. Sp.* DLXXXV. *Med.* I. *seq.* et simul litem Thomasio de illo motam docte composuit. Unde non tantum quilibet concubinatus effectibus *civilibus* destituitur, nec *successionem* liberis ex eo natis communicat, teste Puffendorfio *T.* I. *Obs.* LXXXIX. verum etiam in se tanquam contra *legis prohibitionem* susceptus condignis *poenis* coercetur, quarum determinatio ab arbitrio judicis pendet. Berger *Oecon. jur. p.* 816. Stryck *U. M. Tit. concub.* §. III. Titius *jus. privat. Lib.* VI. *C.* IX. §. VIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXI. N.

Ambitus lenocinii.

Equidem *quaestus* gratia, ut plurimum lenocinium exercetur, quae circumstantia movisse videtur Auctorem, ut ad notionem lenocinii quaestum referret, eumque ad *formale* requireret. Sed sine fundamento, quum etiam in hoc delictum incidant, quorum ope, ac consilio *adulterium* commissum, quique *domum* ad illud praebuerunt, ceu ipse Auctor *N.* IV. observat, praeterea lucri intentio hoc tantum efficiat, ut unum lenocinium altero *gravius* ac *improbius* sit, non, ut sine illa prostituentes foeminae lenones esse desinant. Unde circumstantia quaestus unice ad *poenam* referenda, non vero ad ipsum reatum.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXI. N. 18.

Poena lenocinii num jure Romano fuerit capitalis? Jus hodiernum.

Vulgaris, et usu constante fere firmata est sententia, lenocinium *patris*, ac *mariti*, quod *qualificatum* audit, quaestu interveniente, *morte* puniri. Saltim ita concludunt, quotquot ad Carolinam commentati sunt, ex ratione, quod Carolus V. *art.* CXXII. ad jus *civile* provocet, ex quo *novissima supplicia* secundum *Nov.* XIV. obtinere constat, tanto magis vero haec marito patrique imminere debeant, quanto certius est, quemvis lenonem quondam capitis supplicium subisse. Verum enim vero illatio ista valde claudicat, ipsaque sanctio incertissima est. Ut enim taceam, *cit. Nov.* non de omnibus, sed iis lenonibus tantum agere, qui *invitas* puellas in corpus suum peccare cogunt, notio certe *novissimorum suppliciorum* tam liquida non est, ut, Romanos tanta atrocitate de hoc scelere cogitasse, argui posset. Ipsa verba sequentia hujus novellae novissima supplicia de *corporali* poena, et *exilio* exposuisse videntur, ceu olim jam observavit Theod. *coll. crim. C.* VI. *aph.* VI. *N.* XXV. Qua de caussa, quod ex hoc loco petitur praesidium, parum pro evincenda poena capitali proficit. Neque in *parentes* lenoces alia reperitur poena definita, quam ut omni jure in *liberos* amisso, *exilio* multentur *l.* 6. *C. de spectac. l.* 12. *C. de episc. audient.* Sola *l.* 2. §. 2. et 18. *pr.* cum. *l.* 33. §. 2. *ad l. Jul. de adult.* intercedit. Sed legis Juliae poenam non ubique eamdem fuisse ex. §. 4 *I. de publ jud.* discimus quod dudum observavit Leyser *Sp.* DLXXXVIII. *Med.* VI. in eo autem lapsus est, quod nullum omnino vestigium capitalis supplicii in jure nostro extare arbitretur. Nam ex *Nov.* CXXXIV. *c.* X. discimus, eos, qui *medii ministri adulterio facti* h. e. lenones, similibus poenis, quas Constantinus ob adulterium invexit, subjici, certo indicio, adulterii poenam, quam leges citatae lenocinio mariti minantur, de alia, quam *capitali*, accipi non posse. Unde mea quidem sententia capitale supplicium non praecise ad maritum patremve, sed ad *omne* lenocinium, quo *nuptae* prostituuntur, pertinere, contra *innuptarum* prostitutio *extraordinariae* poenae subjici, videtur. Interim ex praejudicio vulgari a forensibus interpretibus orto, plerarumque legum provincialium architecti *capitis* poenam in solo *patris*, et *mariti* lenocinio adoptarunt, ut ex jure *Palatino*, *Brunsuicensi*, *Megapolitano*, *Saxonico*, illustrat Gerhard *de crim. lenoc. C.* II. §. VIII. *seqq.* Solum Jus *Austriacum* et *Tyrolense*, nulla simplicis et qualificati lenocinii habita ratione, poenam *an Leib oder Guth* memorat, teste Froelichio *P.* II. *pag.* 276. Quid? quod plerique iis in locis, in quibus rigor in *adulterio* remittitur, ob lenocinium *mitius* supplicium obtinere, fateantur, Bluml. *ad art.* CXXII. *in f.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXI. N. 30.

Sola dissimulatio patris vel mariti sufficit, sollicitatio non desideratur.

Sunt qui *dissimulationem* patris aut mariti, quoties impedire potuisset, sed non impedivit, a *sollicitatione* et *inductione* ad luxuriam distinguunt, et hanc, non illam rigori subjiciunt, Bluml. *ad art.* CXXII. *N.* III. quasi mitius peccetur connivendo, quam cooperando. Longe aliter judicat Imperator, cujus verba: *gebrauchen lasset*, hanc interpretationem non probant, sed de eo ipso hoc casu, quo *patitur* maritus vitam luxuriosam, accipienda, certo indicio, eumdem *patientiam* a regula non excepisse. Neque aliud ratio *naturalis* suadet, siquidem utroque casu *proxima* caussa vitae sceleratae est, et libidinis victimam exhibet. Plane, si non sub dole dissimulat, sed ob *potentiam* adulteri, vel ob defectum *virium* se imparem videt, quo minus effreni malitiae uxoris resistere possit, mitius cum eo agendum, teste Kressio *ad art.* CXXII. §. II. *No.* I. quemadmodum ei subveniendum, qui ob nimiam *credulitatem* de integritate uxoris conceptam, dissimulat. Multo minus quoad *quaestum* interest, utrum is in *pecunia* an *alia* re aestimabili consistat, usque adeo, ut lucrum *voluptarium* per commessationes, potumque oblatum, sufficiat. Quo etiam, quod pro obtinendis *honoribus,* ac dignitatibus offertur, refero. Nam verbum *einigerley* tam indefinitum est, ut ad commodi *certam* speciem, aut rei *familiaris* augmentum unice restringi nequeat Kress. *c. l.* Leys. *cit. l. Med.* X.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXI. N. 35.

Num maritus leno sit qui post adulterium transigit?

Equidem soli pacto, delictum jam *consumatum* comitanti, nihil vitii inesse facile concesserim. Sin dato, remisso, vel retento dissimulationem promittit maritus, mulieremque non aliter, quam *aucupatione lucri* retinet, a turpitudine, quae speciem *lenocinii* habet, vix liberabitur, qua de caussa extraordinariam huic minantur Theod. *coll. crim. p.* 862. *N.* XXII. Stryck *U. M. Tit. de transact.* §. XVIII. si vel maxime titulo *munusculi* se expiari passus fuerit, quum nec quidem ab hoc notio *lucri* abesse, nec quidquam is sine deminutione *existimationis* accipere possit. Rarior tamen in hac specie est vindicta, quasi *dedecori,* quod effugere tum nequit, satis poena insit, quorsum refero doctrinam Kressi *ad art.* CXXII. §. VII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXI. N. 69.

Lenocinium ad corruptas et incorruptas puellas pertinet. Variae circumstantiae factum aggravantes.

Seductio et *sollicitatio* cardinale est momentum, quod intendit quidem poenam in criminibus extraordinariis, ejus absentia vero reatum ipsum ultro electum non tollit. Unde, quum ex eorum numero sit lenocinium simplex, essentia ejus vero in *ministerio* et promotione vitae libidinosae consistat, professioni scelestae quidem nihil deesse videtur, sive reus meretrices alat, sive incorruptas; manet tamen posterior species semper *praecipua*, eo, quod meretrices ipsae scelestum vitae genus *sponte* ambiant, contra personae honestae mediante *sollicitatione* insidiosa corrumpantur, adeoque ob *injuriam* his illatam, noxia longe gravior sit, quam quae ex veneris mancipiis in salutem publicam redundat, et sic aequum sit, ut poena ibi intendatur. Plane, ubi de corruptione *innocentium* liquido constat, *modum* sollicitationis indagare, praestat, ut constet an, et quae praecesserint persuasiones? fuerintne simplices an *reiteratae* et insidiosae? quae deceptae *imbecillitas* aut animi constantia? quae fuerint *motiva*, aut munuscula, quibus leno laqueos posuit? Nam prouti sub his circumstantiis magis, vel minus peccatur, ita poena modo in relegatione, vel ergastulo subsistit, modo ad *corporalem* extenditur. Idem quoque de quaestione *damni* secuti dicendum. Quis enim dubitabit scelus multis modis aggravari, si parentibus honestis, aut dignitate nataliumque splendore conspicuis nata, ita corrumpitur, quum qualitatis *personarum* laesarum injuriam utique augeat. Et quid de prostibulis, lue venerea infectis, aliis sanitatis dispendium conciliantibus,dicam?Non infimus enim damni dati *gradus* est, *contagionem* alere, et praeter corruptionem voluntatis, corporis *integritatem* juvenum hac peste infectis exponere. Unde non iniquum est, severiorem poenam iis praeparare, qui ejusmodi prostibulum non modo contra utilitatem publicam alunt, verum etiam facto suo caussam proximam praebent, damno corporali, quod singuli ac privati ex foeda commixtione sentiunt. Poena non magis quam in prioribus casibus corporis afflictionem excedit, ut ne quidem, *narium* abscissionem decerni, moris sit, quae publico magis nocet, et efficit, ut portentosus aspectus *gravidis* mulieribus noxius sit. Eumdem prorsus rigorem experiuntur omnes omnino stupri, aut adulterii conciliatores, vulgo *die Kuppler*, qui, quantumvis prostibula nominatim non alant, nec domum praebeant libidinoso exercitio, corruptionibus tamen ac sollicitationibus, in quibus principale caput lenocinii consistit, vacant. Ita descivimus a pristina majorum disciplina, qua lenocinium, vel quamcunque lasciviam corruptionem exercentibus multo gravior poena praeparata. De hac specie enim capio leges Goslarienses apud Leibnitz

rer. Brunsuic. T. III. *P.* II. *N.* LVI. *de drivende megde de andere froven vorschandet scal me lebendig begraven.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXII. N. 19.

Incestus juris gentium et juris civilis. Dubia utriusque notio et poena in foro Romano.

Vix in jure criminali occurrit quaestio, quae magis perplexa, pluribusque dubiis involuta, quam quae poenam *incestus* in foris Romanorum concernit. Ipse Zieriz, dum occupatur circa expositionem *art.* CXVII. ibidemque ad jus Romanum factam remissionem, compilatores insignis oscitantiae accusat, qui incerta ex incertis definire voluerunt. Quid! quod communis haec sit interpretum querela, quod in exponendo hoc themate exitum invenire nequeant, sed *incertis* procellis hinc inde agitentur. Quod ad jus vetus attinet, ex libris nostris discimus, distinxisse JCtos inter incestum juris *gentium* et juris *civilis*, *l. f. de rit. nupt. l.* 38. §. 2. *ad L. Jul. de adult.* Mallem vero, ut quid per alterutrum intellexissent, plana oratione esposuissent. Defectum tunc supplere tentarunt interpretes, non tamen sine contradictione. Alii enim priorem ad solos *ascendentes* ac *descendentes* restrinxerunt, reliquis cognatis omnibus, etiam *fratribus* ac *sororibus*, incestui juris *civilis* subjectis. Wesenbec *ad* §. 2. *J. de Nupt.* ibique ex professo Hahn. *N.* III. Cujac. *L.* XVI. *Obs.* XXXVII. Contra Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* III. c. L. *N.* V. ascendentibus non modo adjunxit *fratres* sororesque, verum etiam ex affinitate qui *parentum locum* intrant, et his demum contra distinxit reliquos omnes, ad incestum juris civilis relegatos. Qui priorem sententiam defendunt, jus *Gentium* de *pudore naturali*, lineae rectae tantum proprio, accipiunt; qui posteriori subscribunt, de *moribus* aliis gentibus peraeque communibus interpretantur, e contra incestum juris civilis ad prohibitionem a Romanis tantum inventam trahunt. Posterior explicatio magis stringit, ut ex *c. l.* 38. apparet, ubi incestui juris gentium opponitur is, *qui sola juris nostri* (civilis) *observatione intervenit.* Sicuti itaque per priorem is concubitus, qui *communi*, certoque jure, seu ut dicitur in legibus, *moribus* prohibitus intelligitur, ita ad posteriorem referendus, quem jus *civile* speciatim determinavit, in primis vero, quem pro variis *temporum* mutationibus modo *admisit*, modo iterum *repudiavit.* Sic inter *fratrem et sororem* juris *Gentium* incestum committi, recte ex sententia Romanorum dixeris, quia in eo omnes gentes conspirarunt, praeterea nunquam jure Romano sororem, ne quidem vulgo quaesitam, ducere licuit *l.* 54. *de R. N.* sed *moribus* semper reprobatum talem coitum fuisse pronunciat *JCtus in l.* 8. *eod.* Idem de affinibus, *parentum* ac *liberorum locum* intrantibus dicendum, ut nominatim Papinianus *in l. f.* §. 1. *de condict. sine causs.* respondet. Aliud de consuetudine *consobrinorum* vel cum *sororis filia*, cujus

prohibitio in legibus Romanis admodum *variavit*, et ita aeque ac alii affinitatis gradus, ad incestum juris *civilis* pertinuit. Gravissimi scopuli adhuc circa poenam emergunt, quae parum distincte exposita. Poenam adulterii locum habuisse, tum *l.* II. §. I. *ad l. Jul. de adult.* tum ratio dubitandi in *l.* 38. §. 1. *eod.* proposita declarat. Sed et graviorem h. e. *deportationis* poenam, agnovisse Romanos, docet *l.* 5. *de quaest.* Hoc amplius in incestu juris Gentium *foeminam* cum *mare* eamdem poenam expertam, contra in incestu juris civili *levius* tractatam fuisse, ipse PAPINIANUS *in cit. l.* 38. testatur. Sed de distincta utriusque poenae applicatione non satis constat. Si conjecturis locus, incestus juris *Gentium* utrinque *deportatione* punitus, quomodocunque demum contractus, verum circa incestum juris *civilis*, adhibita distinctione, utrum per *adulterium*, vel *stuprum*, an per matrimonium is contractus, poena applicata, quae priori casu fuit *deportatio*, posteriori vero simplex adulterii vindicta *cit. l.* 38. Ita rem non sine specie ex jure veteri explicant, ANT. MATHAEI *cit. l.* et BROUERUS *de jur. connub. Lib.* II. *Cap.* XVII. *N.* VIII. Longe mitiores ARCADIUS et HONORIUS nec deportationis, nec incestus naturalis et civilis, nec incesti coitus, sed solius incesti matrimonii mentione facta, poenas mere *privatas* statuerunt *l.* 6. *C. de incest. nupt.* Quid vero ad haec JUSTINIANUS? Is in *Nov.* XII. *C.* I. unde desumta *Auth. ex complexu C. de incest. nupt.* generatim in honestioribus *exilium* cum bonorum confiscatione conjunctum, in vilioribus *corporis* coercitionem probavit. Quidquid sit, circa hanc sanctionem varia dubia emergunt. Enimvero 1) Novella tantum de nuptiis incestis agit, quas tamen jure Digestorum ab incestu mediante adulterio vel stupro, distinctas fuisse constant. Num itaque utrumque casum hic confundi, et ad eamdem poenam exigi dicemus? An non potius fatendum monente ipso MARCIANO *in l.* 5. *de quaest.* accedente stupro ac adulterio crimen *duplicari*, et sic salva analogia hoc posteriori casu minorem poenam locum habere non potuisse quam qualem adulterium postulat? 2) magis obscurum, cur JUSTINIANUS, quum mortis poenam infligat maribus in adulterio, non aeque indixerit in incestu, quem adulterio non leviorem esse, palam est 3) et quid de *foemina* ob incestum accusata dicendum? Agit enim Novella de incestu *naturae* contrario, et quem animalia horrent, h. e. juris *Gentium*, in quo mulier eamdem cum marito subit poenam, quam etiam verba finalia huic minantur. Quum vero ea in *adulterio* ab illa dispensetur, et carceri includatur, grave dubium emergit, num ergastulum in casu *incestuosi adulterii* in universum, an tantum in incestu juris *gentium*, non aeque juris *civilis* exulet? Haec et similia docent, JUSTINIANUM juris veteris scopulos non omnino removisse, nec esse, ut cum LEYSERO *Sp.* DLXXXVI. *Med.* VII. de certitudine poenae secundum jus recentissimum gloriemur.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXII. N. 30.

Num hodie inter ascendentes et descendentes poena gladii et unde.

Haec gladii poena, quam ascendentes et descendentes subeunt, est juris mere *Saxonici*, ex lege *Carolina* vero probari nequit, quae, tantum abest, ut de hac specie distincte egerit, ut potius nominatim tantum affinium incestum comprehendat, et licet verbis *noch nahere Sipschaften* consanguineos simul comprehensos velit, quoad vindictam tamen generaliter ad jus civile se remittit, quod exilium, vel in vilioribus verberationem retinuit. Unde merito quaeritur, quo jure *extra Saxonicam* utamur, et an salva conscientia poena capitalis locum habeat? In facto contigisse memini, ut cum in casu nobis oblato de tali incestu patris cum filia sua plenissime constaret, ipse judex circa poenam anceps haereret, et actis ad nos transmissis, ansam daret variis concertationibus, aliis ex ordine nostro jus *Mosaicum* in partes vocantibus, aliis ad juris *Saxonici* rigorem provocantibus, aliis ob incertam poenae definitionem in *arbitraria* acquiescentibus. Sed vicit tandem sententia eorum, qui *gladii* poenam ex jure Saxonico probaverant. Equidem, qui in jure Mosaico praesidium quaerunt, quod multis, in primis Tubingensibus solemne est, *vid. Vol.* IV. *Cons.* XXXIX. *N.* VII. nihil proficiunt eo, quod illud forense, ad judaicam rempublicam restrictum sit, nec nos tangat. Fortiores rationes dubitandi defensor in casu praemisso tum a *dubia* juris communis dispositione, ad quam etiam provocat Froelich *ad C.* VI. *C. P.* II. *pag.* 292. tum a dispositione *art.* CIV. mutuaverat, ex qua capitis poenam applicare nefas habitum, quoties ea a Carolina non *diserte* praescripta. His sola *observantia* forensis, quae jus Saxonicum probavit, ab ordine nostro opposita, quum haec perinde ac lex scripta normam decisionis suggerat, nec magis quam haec per *Art.* CIV. impediatur. Utrum auctoritas Carpzovii, quae in criminalibus magna, huic ansam dederit, an defectus distinctae ac clarae, casuum ad crimen incestus pertinentium, definitionis, decidere non audeo, quamvis utriusque aequalis efficacia fuisse videatur, ad jus certum per *observantiam* in foro tandem producendum. Equidem Leyserus exilii, vel fustigationis poenam in vilioribus ex mente Carolinae, quae ad Jus Romanum provocat, propter *Nov.* XVII. substituendam judicat, sed dubia, quae, ut Obs. antecedenti docui, hanc juris novi vindictam premunt, eam sententiam non adeo liquidam esse, ostendunt. Multo minus argumenta Blumlacheri *N.* II. a *gravitate* criminis ejusque aequiparatione cum adulterio stringunt, quae rigorem quidem et severitatem commendant, non vero praecise ad *capitalem* poenam concludunt. Unde rectius in jure Saxonico subsistendum, ad quod quasi usu firmatum provocant, quotquot circa poenam incestus inprimis in linea recta definiendam occupantur. Ita velut ex condicto sentiunt Zie-

riz, Stephani ceterique, Hartm. Pistor *Obs.* CXCII. Froelich *pag.* 292. *N.* 4. Engau *El. jur. crim. L.* I. §. CCLXXIII. Heineccius *Jur.Germ. L.* XX. §. CCV. Richt.*Vol.* II. *Cons.* CLX. *N.* X. Granz. *P.* II. *pag.* 365. *n.* 264. *N.* CCLXIV. *c. l.* licet Sexus fragilitati veniam dent Bluml. *N.* III. Froelich *pag.* 293. De *confiscatione* bonorum, quam *Nov.* XII. servat, nil dicere vacat, cujus generalem abrogationem recentiorem etiam ad hoc crimen extendendam esse, late docet Donaur. *Cons.* XCII. *N.* XXII. Gemina sunt, quae leges provinciales passim de usu hujus poenae capitalis tradunt, veluti jus *Wurtenbergicum*, *Cons. Tubing. Vol.* IV. *Cons.* LXXXVI. *No.* VI. *Austriacum et Tyrolense*, Froelich.*P.* II. *pag.* 292. *Hoenloicum Tit.* VII. §. XIV. *Mulhusanum L.* V. *Tit.* XXII. *Hamburgense P.* IV. *Tit.* XXVII. Paulo rigorosius est Jus *Badense*, quod cum gladio *combustionem* bonorum *confiscationem* conjungit *P.* VII. *Tit.* XXXIX. cui succinit jus *Palatinum P.*V.*Tit.*XXXII.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXII. N. 42.

Intercessio innocentis in incestu exulat.

In hac specie ex duplici capite vitae amissio imminet. Fac itaque, innocentem pro nocente *intercedere*, injuriamque ob adulterium illatam remittere: quia tamen haec intercessio cum poena *incestus* nil commune habet, nec circa foeditatem coitus quidquam mutat, effectum intuitu ejus, quomodo producere queat, non apparet. Nec quidquam interesse puto, utrum adulterium cum ea *ipsa*, quacum incestus commissus est, an cum *alia* perpetratum, cum par utrobique sit ratio, tametsi illud factum atrocius esse, existimaverint *Tubingenses Vol.* V. *Cons.* CVIII. *N.* XVII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXIII. N. 67.

Duplicitatis vinculi inter fratres non habetur ratio.

Eodem modo pronuntiarunt Wittebergenses apud Wernherum *P.* VIII. *Obs.* CCCLXVIII. Idemque inter affines perinde, ac inter consanguineos valere, docet Auctor *Qu. seq. N.* LVII. Relegatio perpetua tamen hoc casu ratior, temporalis frequentior, quae plerumque in pecuniariam mutatur Froelich. *P.* II. *pag.* 297. 298.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXIII. N. 88.

Usus intercessionis si cum adulterio incestus inter collaterales concurrit.

Dissentientium sententiam late propugnat Struv. *Obs. crim. C.*XII. *Obs.* VI. ratione potissimum a silentio legis desumta, quae, cum

intercessioni, si adulterium solum admissum, effectum remittendae poenae tribuat, de incestuoso adulterio nil prorsus disponit. Enimvero, hoc idem est, ac verba legum captare, nec attendere, an non eadem *ratio* concurrat. Haec JCto ad extensionem omnino sufficit, in *utroque* adulterio autem talis adest, quia remissio *injuriam* per adulterium illatam semper tollit, nec solus concursus incestus extra lineam rectam ad poenam capitalem sufficit. Unde recursu ad principem pro moderanda poena adulterii capitali praecise opus non est, uti quidem existimat Struv. *cit. l.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXIV. N. 18.

Respectus parentelae inter affines ad poenam capitis non sufficit.

Etiam ad hanc speciem ob *parentelae* respectum *gladii* poenam extendunt Zieritz *ad art. cit.* et JCti Tubingenses *Vol.* IV. *Cons.* XXXIX. *No.* XV. cui tamen Carolina non suffragatur, quae de hoc casu quidem nominatim agit, sed provocando ad jus civile, nil certi determinavit, fatente Wernhero P. X. *Obs.* CCCIII. Unde satius est, in poena juris Saxonici *corporali* acquiescere, quam aequitatem etiam agnoverunt Cothm. III. *Resp.* XLVIII. *N.* XVIII. XXIV. 24. Fichard *Vol.* I. *Cons.* LXV. Theod. *C.* VI. *pag.* 825.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXIV. N. 31.

Concubitus cum fratis vidua aliquando mitius punitur.

Hoc verum si matrimonium cum mortuo marito plene *consummatum*. Quod si ergo conjuges in unam carnem nunquam coaluerint, rationis est, ut *relegatio* perpetua in *temporariam* commutetur, uti pronunciarunt Witebergenses apud Wernherum *P.* X. *Obs.* CCCXII.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXIV. N. 74.

Num intercessio in adulterio incestuoso ob supervenientem affinitatem impediatur?

Si verum est, intercessionem tantum poenam *adulterii* mitigare, incestus vero, cui fustigatio hoc casu imminet, vindictam non tollere, ratio non apparet, cur ab hac recedendum, et privata virgarum coercitio substituenda sit. Neque enim hoc aliter fieri potest, quam mediante *commutatione*, quae a principis quidem dispensatione dependet, judici vero integra non est. Interim intercessio innocentis hic utique effectum quoad poenam adulterii habet, quidquid demum in contrarium moliantur Richter *Dec.* LXXXVIII. *No.* LVII. Struv. *c. l.* Sive enim adul-

terium et incestus in eadem persona coincidat, veluti, si conjux cum fratre vel sorore adulterium commiserit, sive gemino adulterio duas sorores compresserit, sive cum uxoris consanguinea consueverit, eadem ubique decisio locum habebit. Circa posteriorem casum tamen res non adeo inter Doctores composita est. Gribnerus *de intercess. conjug. C.* I. §. XXX. varia dubia eum in finem proponit, nec rem tot dubiis involutam definire audet. Cardo controversiae, eodem ipso monente, huc redit, an qui cum uxoris *consanguinea* concumbit, ad *propriam* uxorem reverti queat. Intercessio enim conjugis a capitis poena liberare nequit eam, quam maritus in *matrimonio* retinere nequit, quum leges eidem non alia ex caussa efficaciam tribuant, quam pro matrimonio, per adulterium violato, denuo restaurando. Sunt, qui salva conscientia et sine metu continuati *peccati* hoc casu adulterum adulteramve ad conjugem redire non posse existimant Berg. *P.* I. *Resp.* LX. *No.* VI. quo posito intercessio omnis inanis esse videtur. Jus Canonicum hac in re valde ambiguum, Zacharias *in c.* 23. *C.* XXXII. *Qu.* 7. cum, qui cum conjugis sorore concumbit, separandum ab uxore censet, quod ipsum cum intercessione pugnare videtur. Contra Innocentius *in c. b. de eo, qui cognov.* separationi contradicit, et ita in effectu intercessionem probat. Demum Gregorius IX. conjuges ad perpetuam continentiam ineundam inducendos monet, ita tamen, ut si stimulis resistere nequeunt *innocens* non nocens debitum conjugale petere queat, et ita matrimonium claudicare incipiat *C.* II. X. *eod.* Inter protestantes matrimonium ob hanc affinitatem *supervenientem* non rescinditur, nec claudicat, sed utrinque continuatur docente B. Parente *J. E. Tit. de consang. et affinit.* §. XLI. Stryck. *Diss. de Diss. spons. S.* V. §. XXII. Carpz. *Jurispr. Consist. L.* XI. *Def.* XCIX. Quod si verum est, omnia dubia de continuatione peccati conjugum cohabitantium concidunt, quae ex rescissionis *necessitate* fluunt. Fac itaque innocentem, qui ad divortium ob adulterium agere poterat injuriam nocenti condonare, et cum eo plenissime in *gratiam* redire, quis dubitabit, quin eidem cohabitare, imo ad cohabitandum ex indole praecedentis intercessionis cogi queat.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXIV. N. 101.

Status controversiae. Testimonium Pauli Ulpiani Marciani, quod incestus ad l. Jul. de adult. pertinuerit. Variae legum huc pertinentes inscriptiones. l. 4. *de quaest. explicatur. Ex indole criminum carnis ulterius concluditur. Praescriptio quinquennalis in incesto ex Ulpiani et Papiniani testimonio. Falsa interpretatio. l.* 39. §. 5. *ad l. Jul. de adult. notatur incestus qua talis non est contra jus naturae. Praxis quinquennalis praescriptionis ex variis rebus judicatis.*

Quae circa hanc quaestionem mea sit sententia exposui in Elem. *ju-*

rispr. crim. S. I. §. CCCXLII. *in not.* Eamdem etiamnum profiteor quidquid demum in contrarium Auctor noster cum asseclis moliatur. Interim non nego varios in libris nostris occurrere scopulos, quibus ea quoddammodo suspectu redditur, quamvis justa interpretatione facile superari possint. Hoc certe pro regula capiendum praescriptionem legis *Juliae* omnibus aliis criminibus carnis propriam esse ut infra Qu. CXLI. evincam. Solus *incestus* crucem fixit interpretibus, circa cujus accusationis durationem varia *dubia* emergunt, quorum nomine is a regulari spatio XX. annorum exemptus non videtur. Qua de causa DD. hic in *duas* classes abeunt, dum alii simpliciter ad *vicennium* recurrunt uti Anton. Mathaei *de crim.* libr. XLVIII. Tit. III. cap. VI. n. VII. Thomas *cit. loco* Lauterb. *cit. l.* §. XV. Berg. *Oeconom. juris. Lib.* III. *tit.* XV. §. 1. *not.* 3. Carpz. *pr. crim. qu.* CXLI. *n.* XLIX. Berlich. *part.* V. concl. XXXV. n. XLVIII. Boer. *dec.* XXVI. n. XII. Cl. Engau *von Verjahrung. der Laster* §. LII. Alii e contra in lapsu *quinquennii* acquiescunt, e quorum numero sunt Titius, *in jure privato lib.* VI. *cap.* IX. §. XXIII. Moell. *ad const. El. part.* IV. *cap.* XXIII. in f. Farinacius *pr. crim. qu.* X. *n.* XIX. Clarus §. *adult. in f.* Ego si quid conjicio *posteriorem* sententiam magis analogiae juris convenire existimo, eamque in praesenti variis, iisque novis, quam vulgo fieri solet, firmabo rationibus.

Primaria in hac dispositione inspectio ad eam quaestionem pertinet, utrum *L. Julia* incestum comprehenderit, cujus affirmativa, si evicta fuerit, circa praescriptionem *quinquennii*, quae huic evidenter propria, mihi non adeo laborandum erit. Testem ea in re omni exceptionem majorem habeo Paulum, qui *lib.* II. *Recept. sentent.* tit. 19. §. 13. hunc in modum scribit. *Si vero cognatam contra interdictum duxerit remisso mulieri juris errore, ipse poenam* I. Juliae *patitur.* Loquitur sine dubio de matrimonio ob *cognationem* interdicto, ex quo *incestum* oriri, palam est. Hoc autem, *poenam adulterii legis Jul. patitur*, nihil est aliud quam, *lege Julia tenetur*. Quo ipso manifeste legem Juliam propriam facit incestui, arguitque, in ista de *incestu* omnino actum fuisse. Quam hoc modo professus erat de lege Julia sententiam Paulus, mox iterata vice repetit *lib.* II. *Tit.* 26. §. 15. *Incesti poenam*, ait, *quae in viro in insulam est deportatio, mulieri placuit remitti, hactenus tamen, quatenus* L. Julia de adulteriis *non apprehenditur.* Apprehenditur, hic idem esse, ac *continetur* ceu observarunt viri docti, ut in *l.* 10. *de lib. et posth. l.* 14. §. 2. *de except. rei judicat.* Inde autem celeberrimus Schulting infert, contineri L. Julia incestum, si cum *stupro* vel *adulterio*; non contineri, si cum solo *matrimonio* conjunctus: ibi errorem *juris* non prodesse mulieri; bene tamen hic. Itane vero incestus non semper et *quâ* talis, sed tantum *duobus* allegatis casibus ad legem Juliam pertinuit, alias vero extra hujus legis poenam fuit? Nequaquam. Ipse Paulus verborum suorum optimus interpres, loco antecedente intercedit, et casum solius *matrimonii*, non stupri, aut

adulterii responsurus, ad poenam *legis Juliae* provocat, vix provocaturus, si de *utraque* specie non cavisset lex ista. Unde verba finalia praesentis loci potius ita accipio: *quatenus non lege Julia aliud apprehenditur, vel cavetur.* Id enim fecisse AUGUSTUM in incestu *juris gentium*, cujus juris *ignara* esse non potuit foemina, *l.* 29. §. 1. 2. *eod.* econtra aliud sanxisse in incestu juris *civilis*, ad quem species a PAPINIANO proposita pertinet, *l.* 29. *princ.* §. 11. *ad L. Jul. de adult.* nos dubitare non sinit. Fuit ergo L. Juliae *utrique* speciei propria, sed intuitu mulieris *diverso* effectu. Quae vel ideo monenda censui, quia hic nihil aliud ago, quam ut tantum PAULI sententiam meae opinioni non refragari, sed eamdem potius fortius firmare, ostendam. *Sola deportatio*, viro incestuoso imposita offendit eruditos, quam L. Julia nullibi minatur ob adulterium, sed potius *relegationem.* Unde haud difficulter assensum impetrabit SCHULTING, qui errore scribarum corrupta verba restituit, et pro *deportatio*, legit *relegatio.* Hic scrupulus tamen in re ipsa, cujus gratia ad hunc locum provoco, nil mutat, cum PAULUS disertis verbis simul ad *L. Juliam* ejusque determinationem provocet, quod ad evincendam thesin nostram; *incestum similiter in L. Julia comprehensum fuisse*, sufficit.

Non dissimiles, sed eaedem prorsus sunt de incestus vindice, reliquorum JCtorum sententiae. A PAPINIANO quaesitum esse novimus ex *l.* 38. §. 1. *ad L. Jul. de adult. an ob stuprum cum sororis filia adulterii poena mari sufficiat*? Ea quaestio Domitiana fuisset, si de hujusmodi coitione, quorsum proposita species pertinebat, nil sanxisset L. Julia. Certe de usu ac auctoritate poenae *adulterii;* quam L. Julia illo casu definiverat, non dubitabat JCtus, sed de eo tantum, an non ob concursum *duplicis* criminis, incestus et stupri, ea, salva hac lege, intendenda esset? Id enim docent verba: *occurrit quod hic duplex admissum*, nec non sequentia, quibus incestum sub specie *matrimonii*, tanquam crimen simplex, ab eo, qui sub specie *stupri* vel *adulterii* committitur, et *duplex* delictum involvit, distinguit, atque in posteriore tantum *contumaciam juris et sanguinis contumeliam concurrere* agnoscit, consequenter a venia prioris, cujus §. 3. mentionem facit, ad posteriorem argui non posse, existimat. In eumdem modum *militem, qui sororis, filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonio, adulterii reum judicari*, constat ex ejusdem JCti *libro de adult.* unde desumta *l.* 11. §. 1. *eod.* Nam cum incestus ut antea dixi, vel sub specie matrimonii, vel stupri committi dicatur, per se autem *sola propinquitate* concumbentium absolvatur, utrobique adulterii poena, quae sola vox L. Juliae, contra marem probatur, eoque ipso incestum caput hujus legis omnino implevisse, ostenditur. Denique ex sententia MARCIANI in *l.* 5. *ff. de quaest. si quis viduam vel alii nuptam cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in Insulam deportandus est, quia duplex crimen est: incestum, quia cognatam violavit contra jus, et adulterium vel stuprum adjungit.* De incestu sermonem esse, verba ipsa evincunt. An vero ideo JCtus *Le-*

50

gem Juliam in mente habuerit, alia quaestio est. Habuisse autem, ex ratione decidendi mihi colligere videor. Cum enim L. Julia in ejusmodi speciebus solam *relegationem* admisisset, fluctuat JCtus, an salva lege, illa ad *deportationem* extendenda esset, et respondit: posse, addita ratione, quod *duplici* crimine reus se commaculasset, eamque ob causam legi vis non fiat si, ad deportationem extenderetur poena. Quid vero hoc est aliud, quam Legis Juliae auctoritatem *incestui* vindicare, et de ejus vero sensu laborare?

Et quid tandem de argumento ab *inscriptione* variarum legum desumto, hanc eamdem sententiam implicite probante, dicamus? Quod argumentandi genus passim JCtis nostratibus in aliis juris articulis tanti visum, ut inde de *contentorum* indole validam conclusionem ducere non dubitaverint. Tale quid nobis suggerit rescriptum Divi Marci et Lucii occasione incestarum nuptiarum cum *avunculo* contractarum in *l.* 57. *ff. de rit. nupt.* quod refert Marcianus *in commentario ad Papiniani librum de adult.* Gemina his sunt verba *l. 7. ff. ad l. Jul. de adult*: ex qua *incesti comune crimen adversus duos simul intentari potest*, quaeque ex *eodem libro* petita, ut inscriptio indicat. Similis inscriptio *cit. l.* 11. *Papiniani librum de adulteriis* memorat. Quis autem non dieam scriberet JCtis, in commentatione legis Juliae tractasse de *incestus* speciebus, quoties de iis lex illa non cavisset? Veteres sane a vitio hoc, proponere in legis expositione casum, qui ab illa prorsus alienus est, sedulo sibi caverunt, et hoc ipso nostratibus optimam rationem decidendi ex inscriptionibus suppeditarunt, felici successu varias subinde veritates detegendi, de quibus in re obscura saepissime majores, hujus argumenti ignari, desperarunt, ut scripta Cujacii, Merillii, Salmasii, Hottomanni, Heineccii, Ottonis aliorumque humanioris jurisprudentiae restauratorum suggerunt. Quidni ergo arguere liceret; incesti poenam *L. Juliae* objectum fuisse, quia de ea in *commentariis suis ad L. Jul.* tam sollicite JCti romani disputarunt?

Vindicavi hactenus, ut opinor, quantum satis *L. Juliae* caput speciale de *incestu*. Operae pretium quoque erit, ea, quae his obverti solent, sub examen vocare. Ex his principem locum tenet effatum Ulpiani in *l.* 4. *de quaest. In incestu, ut Papinianus respondit et est rescriptum, servorum tormenta cessant. Cessat enim Lex Julia de adulteriis.* Hoc abrepti plerique incestum ex. L. Julia quasi proscriptum, ad modulum aliorum criminum *vicenalis* temporis decursu demum obliterari, et ex eodem rationem concludentem contra *quinquennii* praescriptionem recte repeti, docuerunt, inter quos familiam ducit Thomas. *cit. loc.* §. XXXI. Neque negari potest, scrupulum, quem citata verba interpretibus subministrarunt, esse ex alicujus momenti. Non tamen propterea me deterret positiva JCti, oratio, aut cohibet, quominus lucem eidem foenerari desperem. Tentavit quondam Gundling *in Lib. singul. ad L. Juliam majestatis* c. II. §. LXVII. legi subvenire ope interpunctionis, et conjectūra non prorsus spernenda, eam-

dem de incestu non in genere, sed in familia *servorum* commisso, interpretatus est. Quid enim prohibet rejecto post verbum *servorum*, commate, ita legere: *in incestu servorum, tormenta cessant; cessat enim Lex Julia de adulteriis.* Quo facto omnia clara ratioque sufficiens suppetit, cur L. Julia hic conquiescere dicatur. Nam inter servos de *cognatione* frustra quaeri videtur, cum inter illos nec *connubium* esset, *l.* 3. *C. de incest. nupt.* nec *matrimonium* auctore PAULO *Lib.* 11. *sententiarum Tit. de nupt.* Unde iis nulli *agnati*, aut *cognati* proprie. Patres, Matres, Filios nominabant, appellationibus *naturalibus*, ulterius non progrediebantur servi, *gentem* non habebant. HERALD. *rer. quot. cap.* VIII. §. VIII. Incestus haec omnia exigebat, imo eousque supponebat, ut causam proximam in cognatione L. Julia vindex poneret. Cum itaque causae incestus immediatae nullae essent inter *servos* partes, non potuit quoque L. Julia, quae ad verum incestum pertinebat, in commixtionibus *servilibus* valere, aut *incestum*, qui non existebat, vindicare. Atque hoc sensu *tormenta* in nostra specie cessasse, causamque fuisse, dixeris, ob quam summoto *reatu*, L. Julia, quae alias incestum ubique complexa, exulare debuerit.

Quantacumque veritatis specie blandiatur istaec analysis, multae tamen supersunt, quae illam premunt difficultates. Ut enim taceam, parenthesin *ut Papinianus respondit, et est rescriptum*, non ferre, novam hanc interpungendi rationem, ab omni quippe scribendi genere alienissimam: aliunde constat, cognationes serviles non *prorsus* in nuptiis cessasse, adeoque nec coitiones *servorum*, rationem *incestus* effugisse, tum quod *pudor naturalis* in his attendebatur, *l.* 14. §. 1. *de Just. nupt.* tum quod *jura sanguinis nullo jure civili dirimi* posse censebantur *l.* 8. *de R.* I. tum quod cognatio *naturalis* et *gentilitia natura* illis integra servata, teste VARRONE *de re rustica cap.* XVII. Nulla ergo pugna inter coitiones serviles et incestum, sed in hunc acque servi, ac liberi incidebant, quoties personae ex gradu *prohibito* coiverant. Probato vero et agnito a romanis hoc incestu, nihil est quod ob solam qualitatem *servilem*, legem Juliam de eo cavisse, dubitemus, aut, dum ULPIANUM de incestu servorum interpretamur, ideo idem suppetias tulisse, verbaque finalia hoc modo satis salvasse, arbitremur. Tentabo itaque an ei *alio modo* subveniri, ratioque *cessantis L. Juliae* speciei subjectae propria erui possit. Quod ut rite fiat, de genuina legis specie conveniamus, necesse est. Pertinet autem lex citata non ad *servos*, ut GUNDLINGIO visum, sed *dominos* incestuosos, in quorum caput *servos torquere*, romanis solemne erat, ut recte conjecit Jo. GUIL. HOFFMANN *ad L. Jul. de adult. cap.* VIII. Quia tamen hoc non perpetuum, nec in omnibus omnino delictis obtinebat, non ineleganter ULPIANUS, an in *incestu* ista tortura locum habeat, quaestionem movet, eamque ex indole L. Juliae resolvit. Nimirum permiserat. L. Julia servos *in capita dominorum interrogare*, sed in solo *adulterio*, non omni, verum illo, ob quod maritus vel pater jure *privilegiato* reum reamve postulaverat. Si *extraneus*, vel maritus

jure extranei accusabat, ea interrogatio prorsus secundum sententiam L. Juliae exulabat. Etsi enim aliter visum Alexandro *in l. 6. C. ad l. Jul. de adult.* nec non D. Marco et Severo *Imperatoribus in l.* 1. *C. de quaest. l.* 6 *princ. ff. de quaest.* id tamen ex *constitutionibus* esse, non ex L. Julia, eleganter observat Cujacius *Lib.* XX. *obs.* XIV. Adeoque Papiniano sufficiens ratio fuit, idem de *sua aetate* asserendi. vid. *collat. LL. Mosaic. et Rom. Tit.* IV. §. II. De his temporibus, inquam non quaero, sed de sola *L. Julia*, ad quam lex nostra provocat, sollicitus sum. Ex ejus sententia mancipiorum quaestionem soli *privilegiatae* accusationi propriam fuisse, testatur satis aperte Papinianus *cit. l.* dum regula hac praemissa, de sola ejus *extensione*, et an haec proferri ad *extraneum* possit, quaerit, frustra quaesiturus, si de ea L. Julia jam cavisset. Et cui ignotum est, *quaestionem* de servis in *stupro* haberi non potuisse l. 17. §. 1. *de quaest.* cujus rei nulla alia ratio, quam quia L. Julia ejusmodi quaestionem in sola accusatione, quae jure *patris* vel *viri* instituitur, probaverat, de stupro autem *talis* accusatio obtineret nulla et sic, quod eidem connexum, exulare deberet. Quod de stupro juris, idem in *lenocinio* et *incestu*, quatenus de illo L. Julia caverat, obtinebat. Nam ignota in his *privilegiata* accusatio. De incestu equidem turbare nos videtur accusatio *M. Antonini Oratoris.* Apud Valer Max. *lib.* V. *cap.* 8. et *Clodii*, de qua Plutarchus *Tom.* I. pag. 876. quarum qualibet servos *in caput reorum* interrogatos sistit. Geminum his est testimonium Ciceronis *pro Milone cap.* XXII. et in *partit. orat.* LXXXIV. Sed haec monumenta ad incestum *juris gentium* referenda, non ad eum, de quo speciatim legem rogaverat Augustus. Ea, etsi de variis criminibus sanguinis egerat, quoad mancipiorum quaestionem tamen in solo adulterio jure *viri* vel *patris* accusato acquievit, nec quaestionem servorum aliter, quam si dominus, dominave ejus reus, reave postulatus postulatave erat, admisit. Hoc itaque supposito plana sunt omnia *in cit. l.* 4. Quaerebat nimirum Ulpianus *an si dominus incestus ex hac lege fuisset accusatus, a servis quaestio in caput ejus sumenda esset*, et respondet, *cessare tormenta*, adducta ratione, quia *cessat L. Julia de adulteriis*, vel clarius; quia L. Julia dum quaestionem servorum ad adulterii accusationem *privilegiatam* restrinxerat, in incestus postulatione cessabat, aeque ac antea de *stupri* accusatione ostensum, quarum neutra *privilegiata*, sed ad *communes* regulas exigenda. Hoc modo si accipiamus Ulpianum de sensu legis idoneo non amplius ambigendum, de quo non possumus non dubitare, quoties ejus rationem subjectam, ultra speciem legis, de quaestione servorum conceptam, ad incestum *in genere*, ejusque poenam trahimus. Quodsi haec displicuerint, en! aliam interpretationem, Erat JCtis incestus vel *simplex* vel cum *adulterio* conjunctus: prior in consanguineos et affines interveniente matrimonio vel stupro committebatur *l.* 38. §. 13. *ad L. Jul. de adult.* posterior in nuptas, quae *utraque* qualitate censentur, qualis est *privigna, noverca, nurus. cit. l. pr.* Quod ergo

ait JCtus in *cit. l.* 4. in incestus crimine mancipia in caput domini non torqueri, de *simplici* accipiendum, alioquin si nuptam quis ex cognatis corruperat, quaestio, cum hic adulterium concurreret, utique habita, ut notat MARCIANUS *in l.* 5. *de quaest.* Ita utrumque locum interpretantur GRAECI *lib.* 60. *Basilicon lib.* LVII. Eamque fuisse sententiam PAPINIANI, quam sistit *l.* 4. manifesto colligitur ex *L.* 39. §. *ult. ad l. Jul. de adult.* ubi *de servis* ait, *in dominos incesti postulatos ita demum habendam quaestionem respondi, si per adulterium incestum esse contractum dicatur.* Utraque ergo interpretatio cessationem L. Julia quam comminiscitur *l. cit.* 4. non ad *incestus* vindictam sed solam *mancipiorum quaestionem* ob incestum dominorum remittit, docetque, asserto capiti *L. Juliae de incestu*, sententiam PAPINIANI et ULPIANI in *cit. l.* 4. nihil omnino derogare.

Haec praemittenda fuerunt, ut de vi argumenti, quod inde necto, eo facilius constare possit. Ostensum scilicet in antecedentibus, L.Juliam tempus accusationis, quoad crimina, quorum nomine rogata, ad *quinquennium* coarctasse, nec post accusatorem admisisse, contra juris communis regulas. Evictum porro, eamdem legem non modo de *stupro* et *adulterio* cavisse, verum pari ratione de *incestu* sanxisse. Unde prona conclusio, quinquennii praescriptionem non minus ad *illa* crimina, quam ad *hoc* scelus pertinuisse, et omnium *unam* eamdemque, quod ad hanc attinet, fuisse conditionem. Cumque *tempora* accusationis hodienum, e solo jure *romano* repetamus, nec ulla alia praescriptionis *criminum* sedes sit, non potest non sequi, eamdem ipsam praescriptionem ex mente LL. romanarum in foris *nostris* hodienum obtinere, et prodesse de incestu accusatis contra quamcunque postulationem, et poenam sceleri alias imminentem. Neque ea in re quidquam mutavit, aut mutare potuit poenae incestus exasperatio in *l.* 3. *C. Theod. de incestis nupt. l.* 6. *C. eod. Nov.* XXII. *cap.* 1. Nam alia est ratio *poenae*, alia *reatus*, et *accusationis*, vel postulationis de ipso reatu; quoad poenam jus novum obliteravit legem Juliam; reatum vero ex istius legis sententia cum inde pendente cognitione intactum reliquit. Consequenter salva quoque mansit, quae in eadem lege fundatur, postea vero nullibi correcta, *praescriptio quinquennii*, aeque ac in caeteris delictis *viginti* annorum decursus duravit, etsi in multis eorum leges recentiores sanctiones poenales veteres mirum in modum intenderint.

Novum argumentum ab ipsius criminis *qualitate* repeto, quod etsi solum ac per se quinquennii praescriptionem absolute non evincat; multum tamen confert, si cum praemissis id conjunxeris, et *praesumtionem* insignem inspexeris, quae, quid in *dubio* adminimum statuendum, docet. Est incestus dubio procul crimen *carnis*, quod solis libidinosis actionibus absolvitur, nec quidquam adjunctum habet, quod illud ab hac notione retrahere, et ad aliorum criminum inspectionem remittere posset. Atqui omnia crimina carnis *qua talia* in L. Julia comprehenduntur, nullo excepto. Ut pluribus evici *Qu.* CXLI. Solum *raptum*

legis Juliae *de adult.* potestatem excedere Marcianus *in l. §. fin eod.* profitetur. Imo stuprum *violentum* sine praefinitione quinquennii accusari, Ulpianus affirmat in *l.* 2. §. *fin. ad l. Jul. de adult.* Sed id quidem ex concurrente vi *publica* est, quae hic vitium libidinis fere sufflaminat, ut potius utraque species ad L. Juliam de vi *publica* pertinere, quam crimen *carnis*, effectu juris spectato,constituere videatur.Paucis, pura et vera crimina carnis omnia ad *maculosum nefas* referenda, quod *edomuisse Augustum*, tradit Horat. *lib.* IV. *Od.* V. *v.* 21. Quidni itaque eamdem operam in cohibendo *incestu* navasset? Et quid causae fuisset in lege pro pudicitia lata ceteros naevos tetigisse, speciem valde notabilem silentio praeteriisse? Si autem hoc, una harum specierum generalis praescriptio *incestui* quoque communis erit.

Quid multis? Prodeant in medium ipsi JCti praescriptionis *quinquennii* testes omni exceptione majores. Ex eorum numero est Ulpianus in *l.* 29. §. 2. *ad l. Jul. de adul. Hoc quinquennium,* ait, *observari legislator voluit si reo vel reae stuprum adulterium vel lenocinium objiciatur. Quid ergo, si aliud crimen sit, quod objicitur, quod ex L. Jul descendit? ut sunt qui domum suam stupri causa praebuerunt et alii* Similes? *et melius est dicere* omnibus *admissis ex L. Jul. venientibus quinquennium est praestitutum.* Num clarior definitio praesentis quaestionis mente concipi poterit? JCtus ipse sibi dubium format, utrum praeter nominatas species, complexu suo ceteros omnes libidinis actus comprehendentes, dentur quibus non idem quinquennii, spatium dictum? Nec tamen circa *similes* haeret, sed *omnium* hac in re sortem communem esse ait. Et qui de *similibus* quaerere, non autem de incestu cogitare potuisset, cum, si nominatas exceperis, praeter venerem *monstrosam* et *incestum* non dentur similes, h. e. criminis carnis *propriae* species. Num JCtum fumum vendidisse et de ente rationis, quod non existitit, nec *similitudinis* appellationem meretur, disputasse dicemus? Fallor, aut hoc inscitiae et desidiae insignis argumentum foret, quarum ne reos faciamus veteres, praestantia, qua iidem, et inter hos Ulpianus, pollent, vix admittit. Pendet ergo decisio, ut verba legis sequar, ex eo, utrum simile delictum in lege Julia de adulteriis notatum fuerit. De incestu id ex asse probavi in antecedentibus. Ergo incestus accusatio, ipso Ulpiano interprete, *quinquennio* omnino excludenda.

Ulpiano socium dabo Papinianum. Is in *l.* 39. §. 5. *ad L. Jul. de adult.* in hunc modum ratiocinatur: *Praescriptione quinque annorum crimen incesti conjunctum cum adulterio, non excluditur.* Sensus tam planus est, ut vix interprete egeat. Ponit JCtus crimen incesti *solum*, et *quatale*, eique opponit illud, cui *simul* violatio thori conjugalis cohaeret. De *priori* specie non ambigit *quinquennii* praescriptionem admittere. Qui enim ambigeret, cum ipsi solus concursus *duplicis* reatus scrupulum movisset? et qui poterit *quinquennii* mentionem in quaestione de incestu facere, idque suo modo probare, si non *species quaedam* incestus superesset, cujus

postulatio quinquennium agnosceret? Dicendum itaque, eum unice circa *alteram* haesisse. Probat id formata dubitandi ratio, quod duplex reatus multiplicatum spatium exigere videretur, et quaelibet species separatim considerata suo proprio tempore includeretur, quod *simul* sumtum quinquennium excedit. Haec ratio autem ei tanti visa, ut eidem simpliciter subscriberet, et a quinquennio in proposito casu prorsus recederet. Quam ob rem naturalis verborum sensus non alius, quam hic est: *crimen incesti eo demum casu, si cum adulterio conjunctum est, non quinque annis, sed longiori spatio praescribitur*. Unde per modum *oppositorum* procul dubio concludi debet, *simplicem* incestum sine adulterio ordinariae L. Juliae quinquennii praescriptioni subesse,quod mihi, de incestu in genere disputanti, sufficit. Clarius rem expediam. *Regula* fuit: delicta a L. Julia notata, quinquennio excludi. Hujus *exceptionem* in proposita specie ob duplicis delicti concursum proponit, et ex hac unica ratione illam defendit. Unde cessante *raptione* exceptionis a duplicitate criminum desumta, in incestu *qua tali*, cessat ipsa exceptio, et sic rem redire oportet ad regulam L. Juliae de *quinquennio conceptam*.

Operosa hac nostrae legis analysi, vel ideo opus esse duxi, quia sunt, qui verba citata in alium prorsus sensum detorquent, et nescio quo interpretationis colore, quinquennii decursum in incesti quaestione, qualescunque demum circumstantiae fuerint, in *totum* exulem esse, ex mente Ulpiani volunt; causati, eam ipsam hanc legem,hanc sententiam mirifice probare, et potius contrariae scholae obstare, in qua haeresi sunt Thomingius *dec.* XXXIX. *n.* IX. Berl.*part.* IV. *concl.* XXXV. *n.* XLVIII. Carpz. *pr. crim. Qu.*CXLI. *N.*L. Berger *Oecon. jur. l.* III. *Tit.* XV. *not.*III. Ajunt,ex sententia JCti crimen incesti quinque annis non excludi, sed aeque ac reliqua facinora mensuram XX. annorum agnoscere, etiamsi adulterium, quod in se consideratum *breviori* tempore extinguitur, ei fuerit conjunctum. Breviter: dum adulterium per incestum *perpetuari* credunt,eo ipso innuunt, incestum *qua talem*, etiam simplicem, secundum propriam suam naturam annis demum XX. praescribi. At enim vero satis contorta est istaec explicatio, repugnante verborum sensu plano atque perspicuo, ut jam suboluit Brunnemanno *de proc. inquis. cap.* XI. *n.* VII. et Titio *in jure privato c. l.* 1. Admitterem istam expositionem, si verba legis ita se haberent: *licet conjunctum cum adulterio sit*, quia tum ad *ampliationem* regulae de incestu hic praescriptae rediret, quippe quae hanc non tollit, sed non obstantibus causae variis figuris fortius firmat. Hoc amplius, non prorsus repugnarem, si JCtus omissa *quinquennii* commemoratione casum ad vicennium *simpliciter* remisisset. Saltem tunc speciosior foret illatio. Ast verba supra dicta non ampliativa, sed vere *conditionata* sunt, ipsa quinquennii mentio autem rationem *dubitandi* involvit, quam perperam allegasset JCtus, si non quinquennalis praescriptio', incestui propria, ipsi in mente haesisset. Dum itaque, hac non obstante, ex nova a *concursu* adulterii petita ratione, tem-

pus quinquennii rejicit, idque in proposita specie obtinere negat, non potest dici vicennium absolute supposuisse, sed recte fertur pro admittendo eo, ideam quinquennii, alta mente repositam, et in regula probatam, in proposito casu speciali et *extraordinario* ob peculiarem circumstantiam, repudiasse Brunnem. *de proc. inquis. cap.* XI. *n.* VII.

Talia sunt, quae jus civile suggerit, argumenta. Multo fortius est illud, quo vim fieri legi divinae, quaecumque demum praescriptio allegetur, ii asserunt, qui incestum ipsa *recta ratione* prohiberi perhibent, auctoritatem legis divinae obvertentes, atque ex ea inferentes, praescriptionem esse ex lege humana, profligandam eam penitus, quoties ex lege *divina* eaque perpetua, quae tempora accusationis restricta ignorat, reatus vindicandus. Sunt autem quam plurimi; qui in ea hypothesi hodienum haerent, et pugnare directo incestuosas coitiones, cum *recta ratione* docent, quo supposito conclusio antea prolata inpromtu, perinde ac fit in *homicidio*, quale ex legis positivae *universalis* divinae dispositione indispensabile ac inpraescriptibile esse, ideo, quod utraque, dispensatio et praescriptio sit actio hominis, propugnant. Berger. *El. jurispr. crim. p.* 282. Equidem si de incestu sub specie *stupri* vel *adulterii* perpetrato quaestio moveretur, facilius transigerem cum istis, eo, quod stuprum ob usum membrorum a fine per Deum intento deviantem, et sic voluntati divinae repugnantem, principiis *rectae rationis* adversetur. Verum in incestuoso matrimonio, et sic in incestu *qua tali* tantum abest, ut ita conjiciam, ut potius *positivae* tantum legis prudentissimum argumentum in ejus prohibitione mihi reperisse videar. Quidquid hic objicitur ad *communionem sanguinis*, vel *reverentiae* debitum et *pudorem naturalem* refertur, quorum prior tanquam actus physicus, quomodo effectum *moralem* producere queat, non liquet, reliqui ad *honestatis*, non juris ac justitiae inspectionem pertinent. Denique multo liquidius id inter *collaterales* est. Totum quippe genus humanum per connubium *fratrum ac sororum* propagari, Deus voluit; quod autem in se turpe, id nulla ratione ex circumstantia *temporis* vel *necessitatis*, quae in *Deum prorsus* non cadit, honestum fieri potest. Thomasius *Inst. jur. Div. lib.* III. *cap.* II. *n.* XXII. Georg. Beier *de dispensatione circa matrim. in grad. cons. et affin. prohibit.* Est ergo reatus, quem coitio propinquorum producit, aeque ac poena eidem imposita, partus juris *positivi* jam Judaica republica a divino legislatore prudentissime circumscriptus, adoptatus ab omnis generis fere rebus publicis, et modo acrioribus, modo mollioribus legum vinculis inclusus. Nos saltim ex jure *romano*, quorsum se refert *Constitutio Carolina* illum quoad maximam partem coercemus. Ut itaque instituta *humana* circa eum ejusque accusationem observemus, ratio juris quoque postulat.

Atque hanc sententiam rerum *indicatarum* auctoritate firmatam in foro obtinere, variis JCtorum non ultimi ordinis testimoniis corroborari potest. Ex vetustioribus provocasse sufficiat ad Farinacium et Clarum *cit. loc.* Ex recentioribus Guaz-

ZIN. *defens.* II. *cap.* II. *n.* VI. hanc defendit, et BRUNNEMAN. ita in hac Alma Viadrina responsum fuisse refert c. l. In eumdem modum quondam judicasse JCtos, Hallenses ex *Tom.* I. *Cons. Hall. C.* XIV. *n.* 14. et JUSTI HENNINGII BOEHMERI T. III. P. 111. *Cons.* XI. *n.* 6. apparet. Aliud praejudicium Helmstandiensium id quinquennium denuo corroborat, solo vincennio in adulterio incestuoso admisso apud LEYS. *ad ff. spec.* DXV. *med.* VI. Neque alia est sententia RICHTERI *dec.* XXI. *n.* 38. Nominatim in *Austria* res decisa, et accusatio ad *quinquennium* reducta, ceu ex *Ordinatione Austr. part.* I. *artic.* XLIII. apparet. Ut alia testimonia jam praeteream.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 10.

Rigor juris Germaniae in stupro violento.

Satis rationis inest huic rigori, quum non minima securitatis publicae pars sit, *honestatem et pudicitiam* integram servare, et contra omnem violentiam munire. Quumque nulla gravior injuriae foeminae honestae inferri queat, quam per hostilem pudicitiae ereptionem, *summum* supplicium merito hocce facinus subsequitur. Atque haec aequitas tam plana est, ut omnes Germanorum leges particulares in ea subsistant, et vix extet statutum, quod minorem ipsa *morte* contineret. Majoribus jam hocce haesisse principium tum ex chartis antiquis, quae *Nothnunfft, Nothzog* capitalibus delictis accensent, tum ex *spec. Sax. Lib.* III. *A.* I. *Suevico Cap.* CCCXLIX. edit: BERGERI WEICHBILD *Art.* XXXVIII. apparet. Suevus *vivide fossionem* memorat, Saxo in *decollatione* subsistit, quam posteriorem omnia fere statuta repetierunt, veluti *Jus Lubecense P.* IV. *Tit.* VII. *A.* II. *Würtenbergicum pag.* 264. §. *ferner. so ein Mann. Palatinum P.* V. *Tit.* XXXV. *Bavaricum* KIRCHGESN *pag.* 507. *Hamburgense P.* IV. *Tit.* XXVI. *Mulhusanum Lib.* V. *Art.* XXII. imo et *Tyrolense* tametsi, si litteram spectes, suffocatio in aquis locum habeat, teste FROELICHIO *P.* II. *Lib.* III. *Tit.* III. *N.* I.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 14.

Vis compulsiva in stupro violento. In masculum quomodo committatur? Vis requiritur magna, et praesens, aliquando comminatio de malo futuro, personae illata, perdurans.

Equidem coacta voluntas, quia nec libertatem nec electionem tollit, nec quominus principium agendi sit in laeso, isque pro auctore actionis haberi debeat, impedit, est vera *voluntas* in sensu *philosophico*, sed in *juridico* non pro tali, sed actus pro *violento et involuntario* habetur, quia libertas non est *omni modo*; sed valde restricta, et metus hostilis ac improbus, quidquid voluntarii in patiente superest, sufflaminat, ut

recte sentit Kress. *ad art.* CXIX. *C. C. C.* §. VII. Unde vim *compulsivam* aeque ac externam ad stuprum violentum sufficere, et securitatem honestarum personarum peraeque turbare, consequenter rationem *stupri violenti* ingredi, recte statuit Auctor. Atque huc demum pertinet species, qua interpretes stuprum violentum in *masculum* committi posse, referunt, quod libidinosis foeminis in Italia solemne est, quae amore juvenum captae, per praesentes assassenos iis mortem minantur, ni illi ad coitum sese accinxerint. Est enim unum idemque delictum, sive masculus sive foemina malum repraesentet, *personae* tantum mutantur, quod non observavit Froelich *c. l. N.* X. qui, dum *diversam* speciem hic subesse comminiscitur, de ea leges nominatim nil cavisse, temere autem in poenalibus extensionem fieri non posse, autumat. Dum vim metumve suppono, non solam *suspicionem*, sed mali *propositionem*, minasque requiro, et quidem tales, quae vim I. *magnam* II. *praesentem* III. *perdurantem* comprehendunt. Et magnam quidem cum Kressio §. VIII. existimo eam, cui ob *vires* diversas, vel armorum terrorem sine vitae membrorumque ammittendorum, vel mali intolerabilis discrimine foemina resistere non potuit. Talis est metus *vulnerum*, *plagarum* perniciosarum, non vero *reverentiae*, *carceris* vel quarumcunque *injuriarum* realium, quia haec mala tanta non sunt, ut in constantem personam cadant, eisque cedere constantia animi pudici debeat. Multo minus *blanda* verba, persuasiones, munera, similiaque irritamenta sufficiunt, quae, licet voluntatem inclinent, *libertatem* non tollunt, nec violentiae et reluctantiae notionem ingrediuntur. Mev. *ad jus. Lub. p.* IV. *Tit.* VII. *Art.* II. *N.* III. Porro *praesentem* voco, quae mox et in *continenti*, dum puella denudatur, imminet, ita, ut nullum medium, quam submissio stupratori facta, ad declinandum malum sufficiat. Quid? quod nequidem in praesentia subsistendum nisi et vis simul *personae* inferatur. Qui enim *aedibus* vim praesentem intulit, sed ibidem *volentem* compressit, stupri violenti reus non est, ideo quod, distincti actus hic occurrant, alter violentus, alter liberrima voluntate susceptus *Vol.* IV. *Conf. Tubing.* CXVIII. *N.* XIII. Malo praesenti opponitur *futurum*, *speratum*, quod stuprator minatus est, quorsum *denunciationem*, *falsum testimonium* in caussa *criminali*, imo in genere *minas verbales* mali proxime imminentis refero. Contra haec omnia is, cui terror injectus, sibi mediis legibus probatis satis prospicere potest, implorato auxilio *judicis*, *carcere*, *cautione*, nec ut ad factum improbum oblatum recurrat, opus habet, quod, dum nihilominus facit, non tantum *sponte*, verum etiam sine ratione sufficiente, et in constantem hominem non cadente, agit, adeoque habet, quod sibi factum simul imputet, quum e contra stupri violenti ea sit natura, ut in stupratorem *omnis* in stupratam *nulla* imputatio juridica cadat. Fateor tamen in hypothesi saepe gravissima dubia occurrere, secundum quae nonnunquam vis levior, vel futura stupratam excusat, eoque ipso efficit, ut nihilominus ad regulas stupri vio-

lenti stuprator exigendus sit. Quid enim si puella sua natura *formidolosa*, et quae verbis paulo *durioribus* facile confundi, et in anxietatem conjicii potest, solis verborum *terriculamentis* ad coitum adacta? quid si ex ratione *aetatis* perterrita, et sufficiente experientia destituta, prodigiosa sibi augurans non restiterit? quid si *valetudinis*, et *infirmitatis* corporis conditio ferre non potuerit minas hominis robusti, ferocis, improbi, sed effecerit ut stuprata coitum tanquam minus malum elegerit? Quid si stuprator malum minatus sit in loco *solitario*, et ubi omni omnino auxilii spe se frustratam videbat! sane his casibus arbitrium prudens judex interponere, et de vi pro qualitate *subjecti* ac *circumstantiarum* judicare, perindeque stuprum pro violento habere debet, ac si per vim praesentem, eamque *moraliter* certam, commissum fuisset. Denique circa *perdurantiam* eo minus dubium superest, quo magis eadem *moderamini inculpatae tutelae* limites ponit, efficitque, ut, nisi periculum fuerit constans, in *solcher Nothwehr* sunt verba *Art.* CXLII. *C. C. C.* exceptio moderaminis corruat. Eleganter hoc argumento utitur Leyser *Sp.* DLXXXIV. pro demonstranda veritate theseos, docetque de metu illato non obiter, nec ex sola minitatione praesenti judicandum, nisi constiterit *constantem*, et *perpetuam* fuisse puellae reluctationem. Nonnunquam enim grata est, vel ex postacto sit ista vis puellis, saepe renuctantes in terram conjectae ac denudatae, tandem inter luctandum, risu, gestibus, verbisque in amplexus ruunt, quo casu tantum abest, ut de vi conqueri queant, ut potius stupri voluntarii reae sint. Aliud dicendum si, quae ab initio sese opposuit, tandem victa, renisum et displicentiam *ante* coitum, *in* eodem, et *post* eumdem testata. Ea demum favorem, stupratore contra id *odium*, quod leges contra raptores decreverunt, meretur.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 20.

Iteratio, locus facti qualitas exasperationem poenae capitalis suadent. Ausi criminis poena quando intendatur?

Secundum regulam certum, poenam mortis delicto impositam, ob solum *concursum* novi delicti, aeque capitalis, exacerbari temere a judice non posse. Vetat id tum legislator in *Art.* CIV. *C. C. C.* tum ipsa qualitas poenae *capitalis*, quae atrocitate sua satis se legitimat, et sola sufficit, ut publico fiat satis verum hoc non est perpetuum, sed fallit, si aliae facti atrociores circumstantiae, quas reatum ob *publicam securitatem* augere, et *recta ratio* suadet, et lex *Carolina* non obscure probat, concurrunt. In harum numero est, pluribus vicibus facta stupri violenti *iteratio*, quae dum infanticidii poenam auget cur non praesentis criminis vindictam augebit? quum solida diversitatis ratio deficiat. Idem dicendum, si qualitas violentiae *extraordinaria*, *inconsueta* et ab omni *humanitate* aliena rigorem suadeat Froel. *c. l.*

N. IV. quemadmodum eamdem facti qualitatem exasperationem poenae capitalis in *homicidio* admittere, supra ostensum. Par ratio est *loci*, veluti si in *via* publica, eaque *sanctissima*, vel *residentia Principis* vis mulieri illata. In his et similibus casibus non difficulter admitterem, ut scelestum libidinis mancipium ante decollationem *forcipibus candentibus* prehendatur, vel corpus *rotae* imponatur, quod etiam ex recentioribus agnoscit Leyser. *c. l. M.* XVIII. Solum silentium *Art.* CXIX. *C. C. C.* enim tanto haud est efficaciae, ut *rationem* legum, et *principia* improbioribus delictis *communia* vincat. Multo magis aliqua exacerbatio obtinet, si factum in terminis meri conatus substitit, et de sola *extraordinaria* poena quaeritur, quae ob saepius attentatum, vel loci circumstantiam, paulo *severior* esse, et ad *corporis afflictivam* usque crescere potest, maxime cum in arbitrariis poenis laxius sit arbitrium judicis, promerito supplicio quid addendi, vel demendi vid. Lauterb. *Coll. Pract. Lib.* XLVIII. *Tit.* V. § XXXVIII. Theod. *coll. crim. C.* VI. *Aph.* VIII. *N.* II.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 26.

Remissio conjugis innocentis nullum hic effectum habet. Facilius favor matrimonii, si solutus solutam per vim compressit.

Remissio innocentis in universum cessat, quoties adulterio *aliud* crimen, per se capitale, cohaeret. Temperat enim tantum *adulterii*, seu fidei conjugalis violatae poenam, non vero cum *securitatis* publicae turbatione, seu violentia quid commune habet. Unde, si cum adulterio *violentia* conjuncta, vel stuprum *impuberi* a conjugato illatum, ea prodesse nequit, quia utrobique etiam sine adulterio capitale supplicium imminet Berg. *El. crim. pag.* 141. Facilius indulgentiae locus, si cum *pubertate proxima* coiverit *maritus*, cujusmodi consuetudo, quatenus cum *impubere* a soluto cessante vi exercetur, *extraordinem* quidem punienda, sed concurrente fidei conjugalis violatione iis in locis, quae marito ultimum supplicium minantur, in fraudem *capitalem* incidit, consequenter tunc a remissione laesi temperamentum poenae capitalis utique dependet. Solus favor *matrimonii* non ejusdem est efficaciae, qui, tametsi soluto solutam per vim comprimenti, sed ducere gestienti, suo modo prosit, non aeque prodest marito tale quid tentanti, cujus rei ratio diversitatis est, quod hic, se compressam ducere non posse, sciverit, adeoque hunc sinistrum eventum sibi imputare debeat Gribner *cit. l.* §. XXVII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 99.

Seminis immissio hic non attenditur, inspectio ocularis tamen aliquando recte probatur.

Fluctus quos hic Auctor circa concubitus *consummationem* movet, a conceptu criminis *carnis* repetendi. Eos autem facile superare potuisset, si cogitasset, hoc crimen non ad *L. Jul. de adulter.* Sed de *vi publica* pertinere *l.* 3. §. 4. *ad Leg. Jul. de vi publ. l.* 29. §. *fin. ad* Leg. Jul. *de Adulter.* nec jura criminum carnis huc quadrare, ipsum concubitum tantum caussam, *sine qua non*, involvere, e contra solam *violentiam* et *securitatem* honestarum turbatam rationem decidendi in definienda poena suggerere, quibus suppositis misera, et diligenti disquisitione praesenti opus non est, sed stupratorem per vim *pudenda fregisse puellamque concutere coepisse*, sufficit. Quid? quod refugium Auctoris *N.* XXX. secundum quod talem perfectionem hic sufficere putat, quae *subjecto* praesenti conveniens, et pro natura ejus fieri potuit, satis superque arguat; totam doctrinam de *seminis immissione* parum cohaerere. Aut enim illa unice consummationem absolvit, aut sola membrorum genitalium conjunctio: illo casu nihil caussae est, cur praeter absolutam seminis immissionem, *respectiva* probetur; hoc vero tota indagatio sollicita de *aptitudine* ad sustinendum masculum otiosa est. Ita vero per se concidunt otiosae de *inspectione* ante omnia premittendae disquisitiones ab Auctore *N.* XXXI. propositae. Quodsi inspectio adhibenda, ea ob nullam alium finem suscipi poterit, quam, ut de *signis* violentiae *sensualibus* ex intumescentia pudendorum constet, et judex de *corpore delicti* eo certior reddatur, non vero uti Auctori visum, ut perruptio et aptatio ad semem recipiendum extra controversiam collocetur. Haec posterior indagatio enim, ubi sola violentia per membrum virile facta concussio puellae, sufficit, frustranea est, aut ad summum ad filias *pubertati proximas* restringenda, quum in puellis immaturis penetratio in vas foemininum prorsus impossibilis, et sic talis inspectio *nullius usus* sit, ceu contra Auctorem jam notavit Froelich *P.* II. *pag.* 267. immo Auctor ipso facto fassus est: dum ob stuprum puellae, *unius* anni, illatum *non attenta inspectionis necessitate*, in antecedentibus propugnata, capitis supplicium probavit. Ista indagatio vero, quae violentiae eruendae caussa fit, facilius, assensum meretur, quum nec in praesentia notarii, aut testium, a quorum depositione alias probatio pendet, vis puellis inferri soleat, nec hae ejus aetatis sint, ut tuto iis vim allegantibus, fides haberi possit *l.* 23. *de testib.* denique ipsae rectae rationis regulae doceant, factum, cujus fortiora argumenta ex *inspectione* oculari haberi possunt, oculis subjiciendum esse, hoc effectu, ut vestigiis sese exorientibus, eo gravior tortura reo, factum neganti, praeparari possit, quae vix locum habitura esset, si ex sola impuberis *inculpatione*

judicandum foret. Quid vero si signa violentiae non apparent, num inculpationi puellae prorsus non fidendum? Absit, ut in hanc sententiam descendam. Enim vero, quamvis ob imbecillitatem judicii impuberis fidei multum decedat: defectum tamen hunc saepe supplet non modo *innocentia*, et candor *animi* verum etiam *connexio* totius inculpationis, quare non omne arbitrium contra stupratorem severius procedendi, excludendum esse existimat; et exemplo puellae octo annorum constupratae illustrat Leyser *Sp.* CCLXXXIII. *Med.* IV. Atque haec obtinent si vis puellis *immaturis* facta. Quodsi absque vi compressae, coitus magis extremo gradu *improbus*, quam *violentus* audit, non eo minus tamen capite aliquando coercendus, quum jura communia etiam poenas *arbitrarias* ob atroces circumstantias eosque exasperare permittunt, ipsisque legibus civilibus *exilium* in hac specie probetur *l.* 38. §. 3. *de poen.* Referunt quoque huc stuprum *mentecaptae* vel dormienti illatum, sed de eo supra *Qu.* LXIX. *Obs.* II. jam actum.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 51.

Furori juvenili aliquid dandum.

Huic sententiae cum aliis obnituntur Richt. *P.* II. *dec.* LXXXVIII. *N.* LXXXVI. Berg. *El. crim. p.* 141. et mitiorem poenam velut humaniorem probant, ob *articul.* CLXIV. CLXXIX. *C. C. C.* cui non invitus subscribo, si perpendo, multo acriores esse stimulos, quibus homo *voluptuosus* rapitur, ad actus venereos, quam ut lubricum aetatis iis superandis par sit. Neque enim ulli aetatis termino magis propria inordinata libido, amorisque furor, quam quocum adolescentia connexa est, adeoque vel hic coecus pruritus merito efficit, ut paulo excusatius minores delinquant, praesertim si vigesimum annum nondum impleverunt, actionesque eorum ita comparatae, ut magis *impetu*, quam *ratione* regantur. Atque huc restringerem quaestionem, utrum *nimius amor* ad remittendam poenam ordinariam quid conferat, quam proponit Heils *de proc. inq. C.* VI. §. XX.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 56.

In meretricem stuprum violentum non committitur. An in stupratam?

Neque hac in re Auctori assentiri possum, cujus rationes parum concludere videntur. Uti enim leges *Saxonicae* allegatae id, quod inde elicitur, non evincunt, sed inspecta ratione naturali, regulisque interpretandi, talia subjecta supponunt, quorum laesione securitas et honestas *publica* aliorum quorumcunque in discrimen vocatur; ita coactio injusta per se ad poenam atrociorem sufficere nequit, nisi cum graviore *securitatis publicae* turbatione conjuncta sit. Neque enim qui

meretrici vim infert; protinus tale quid contra honestas personas tentare solet, neque puellae, vitae *integritatem* professae, habent, quod beneficium *ordinis* vel quasi hoc casu sibi imminere vereantur; neque stupratori deficiunt *probabiles* rationes, quarum fiducia excusatius peccare, sibi persuadere potest. Contra, quem ne *honestas* quidem personarum a malevolo proposito revocat, in ea utique conditione est, ut nullum ausibus suis colorem praetexere, imo simile factum hostile potius contra quamcunque tentare queat, atque hoc ipso honestatem publicam in ambiguam sortem conjicere censeatur. Unde turpitudini posteriori casu multum accedit priori vero decedit; ibi persona, cui vere propria honestas, hic, quae illam consumsit, nec de ea intercepta queri potest, supponitur, certissimo indicio, utrumque facinus *eadem* poena non expiandum, sed reum audiendum esse, qui stupratam male audivisse suspectisque conversationibus famae integritatem coinquinasse, probare paratus est. Haec sola probatio sufficit. Neque eim hic de *meretrice* proprie sic dicta solum quaestio est, sed etiam de ea, quae *more meretricio* vivit, et famam sinistram gestibus, actibusque *scandalosis* contraxit, quum hodie non lupanaria et domicilium, sed *mores* spectentur, foeminaeque etiam ob ejusmodi vitam dissolutam honorem virginalem recte consumsisse dicantur. Kress. *ad art.* CXIX. §. II. Aliud de iis dicendum, quae ab aliis quidem clam stupratae, sed *publice* pro honestis habitae, quia tunc solus animus hostilis, intentioque stupratoris sufficit, qui, dum in tales incidit, quarum maculam ignorat, quasque ipse pro honestis habuit quantum in se est, *honestarum* personarum securitatem in discrimen vocavit, licet non desint, qui in hac specie in extraordinariam poenam inclinant Gilhausen *C.* II. *Tit.* XXIII. *N.* VII. Boer. *dec.* CCCXVII. *N.* III. Alias honestam personam intelligo, quae talis *tempore violentiae* illatae, vel vere, vel ex fama communi est, sive quod semper eam conditione professa sit, sive quod olim paulo liberius quidem vixerit, postea vero ubi, ad maturiorem aetatem pervenit, virtutis animi indubia signa ediderit, dummodo de eo publice constet, stupratorque ejus rei *conscius* fuerit Froel. *P.* II. *p.* 264. quem in finem pro renata vel sub *tormentis*, de scientia interrogandus, vel ad *juramentum* praestandum cogendus est. Saltim gravissima praesumtio *ignorantiam* alleganti ex eo, quod publice notum est, resistit, quae aliter, quam mediis veritatem indagandi acrioribus elidi nequit.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 64.

Quousque conatus in hoc crimine duret?

Haec sententia dubio caret, dummodo flagitii perfectio non in seminis immissione collocetur quemadmodum quidem plures sentiunt, et principia Auctoris *N.* XXVII proposita evincere videntur, nisi eundem ex eo quod *N.* XXX. scripsit: *siquidem non tam propter stuprum,*

quam propter violentiam stupri poena imponitur, interpretari malueris. Ita enim est, et de stupro violento judicari debet, quod proprie non crimen *carnis*, sed vis *publicae*, vel potius mixtam audit, adeoque secundum indolem illius exigi nequit Damhoud. *Pr. crim. C.* XCV. *N.* XV. Menoch.*Lib.*II.*Cent.*IV.*Cas.*CCCLX. *N.* LIV. dissentiunt Besold. *Cons.* CLXXVI. *N.* X. Brun. *ad l.* 1. *de extraord. crim.* *N.* XXXIV.*Coll.Jur. Arg. Lib.* XLVIII. *Tit.* V. *Th.*XXV. *N.*IV.Froelich.*c.l.*Verus conatus solis praeparatoriis absolvitur, quamprimum vero immissio membri virilis in fas foemininum accedit, finitur, praeterea prout gradibus differt, et multum, vel parum abest ab ista consummatione facti intenti, arbitrarie, sed *diversimode* punitur. Unde, uti ad *infimum* gradum pertinet manuum consertio, quatenus ob vim validiorem a foemina oppositam omni prorsus effectu destituta est, ita prostratio ac denudatio, sed spontanea consilii mutatio, *majorem* denique *ultimum* propior accessus constituit, cujus executioni tamen aliunde, *casu*, vel a *tertio* impedimentum objectum. Quod si vero, immisso in vas foemininum membro, puellam actu concutere coepit,*perfecti* flagitii reus, absurdumque est, negare *eine fleischliche Vermischung*, ubi conjunxeris membra carnalia, quibus talis commixtio propria perficitur. In facto contigisse memini nautam media in navi foeminam prostrasse, eam immisso membro concutere coepisse, mox a sociis dormientibus fletu puellae reluctantis, expergefactis, medio in concubitu ex amplexibus ereptum,semen inspicientibus omnibus in terram ejaculasse.Is in jus vocatus, defensionem suam unice in flagitio *imperfecto*, cessanteque seminis immissione, ex inspectione oculari testium liquida collocabat: sed eo non obstante ordo Hallensis eum ad *gladii* poenam condemnavit, solaque membrorum genitalium conjunctione coitum perfectum judicavit et meo judicio quidem recte, quum proxima ratio, quae huic delicto imminet, poenae, non tam in privata *injuria*, quam securitatis *publicae* laesione, et *violentia* pudicitiae delibatione quaerenda sit, quae etiam absque seminis commixtione perfici potest. Quid enim,num *Thlibiae*, ad concumbendum suo modo, non vero ad semen immittendum apti, in hocce crimen ad effectum capitalis poenae incidunt? Id negandum, si cum Auctore navigamus, contra affirmandum, si ex mea sententia solam membri violentam immissionem attendimus. Ego sane nullam rationem solidam video, cur *pudicitiam* publicam ejusmodi personis temere consecrare velimus, quod omnino fieret, si, exule capitali poena, remissiori supplicio se subjectos esse scirent. Ita vero de confessione *utriusque* circa seminis immissionem non adeo laborandum, sine qua, ob corporis delicti *cerebrini* incertitudinem, rigorem remittendum putat Beyer *ad articulum* CXIX. *C. C. C. Posit.* XVI. et Auctor Noster *N.* LXXIII.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 78.

Matrimonium inter stupratam et stupratorem postea contractum cur poenam mitiget?

Admitto hanc caussam tum ob analogiam criminis *raptus*, tum in solatium *vitiatae*, cui honor ereptus, ita suo modo restituitur FINCKELTH. *Obs.* CXIV. BERGER. *P.* II. *Obs.* CLX. WERNH. *P.* X. *Obs.* CDLIX. BECKMANN *de privileg. mulier.* §. LXIII. Ita vero I. sola et *simplex* intercessio, sine intentione matrimonium ineundi, inefficax est, licet aliud jure Austriaco obtineat FROELICH. *c. l.* II. ratio mitigationis frustra in *matrimonii* favore quaeritur sed in qualicumque *satisfactione*, et expiatione eorum, quorum principaliter interest latet siquidem ita stuprata legitimari, et honos familiae restitui videtur. Nam a voluntate eorum, penes quos est elocatio immo ipsius stupratae, pendet, utrum oblatam conjugii conditionem acceptare velint? Si nolunt, reus poenam legis merito sustinet MEV. *ad jus. Lub.* *P.* IV. *Tit.* VII. *A.* I. *N.* XVII. Praeterea aliis puellis matrimonium cum eo appetendi, integrum non est PINGUIZ. *qu.* VIII. *N.* XVI. quod omnino admitti deberet, si merus *matrimonii* promovendi favor tantae efficaciae esset, ut rigorem tolleret.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM LXXV. N. 88.

Praesumptiones unde vis colligitur. Utrum silentium stupratae, vim postea alleganti stupratori proficiat?

Nihil in foro frequentius ex culpatione stupratorum, vim sibi factam esse; nihil vero intricatius *mediis*, quibus violentia *probari* vel dispungi potest. Tanto major circumspectio circa hoc caput, quod in *definitiva* sententia concipienda praejudiciale est, requiritur, et ideo pleniorem discussionem meretur. Circa hoc in antecessum moneo, mihi non tantum sermonem esse de plena *convictione* ad sustinendam poenam, sed de aliis *fidei juridicae* argumentis, quibus reus de vi adhibita *gravari* potest. Et circa priorem quidem constat majores mere *sensualibus* argumentis assuetos, *clamorem* vitiatae cum accusatione stupratoris conjunctam sufficiens argumentum etiam ad condemnandum judicasse. *J. P. S. Lib.* II. *Art.* LXIV. cui geminum est jus Lubecense, nisi, quod praeter clamorem, aliam quoque probationem admiserit. Verum nobis certiora et meliora edoctis, ista probandi ratio non est ad palatum, quin potius post carolinam *confessione* rei idonea, vel *testibus* tempore violentiae praesentibus ad hunc effectum opus est. Cetera argumenta, quantacumque verisimilitudine se commendant, meris *indiciis* absolvuntur, hoc solo fine in

judicio criminali discutiendis, ut, qua ratione confessio rei quaerenda, vel suspicio elidenda, constet. Atque horum allegatio pertinet ad *gravandum* vel *exculpandum* reum. Petuntur vero illa ab utriusque stupratoris, stuprataeque *moribus*, tum quoad vitam ante actam; tum quoad dicta et *facta* post congressum sese exerentia, *robore*, *aetate*, *loci*, *temporisque*, quo vis illata dicitur, conditione, *quaerelarum* ac ejulatus *qualitate*. Uti enim, si stuprator male audit, opprobriis et libidinosa vivendi ratione pessimam famam sibi contraxit, a stuprata post coitum spretus, vel viribus sufficientibus ad comprimendam sibi imparem puellam instructus, si *aetatis* ratio facto respondet; si in loco et tempore a *consortio* hominum remoto vis illata fertur, denique si vitiata, facta inspectione circa pudenda intumescens deprehenditur, si in corpore recens vulnerata, solutis caligis, crinibus, vestituque lacerato vindictam a judice exposcit, fortissima criminis praesentis praesumptio nascitur: ita e contra pro stupratoris delati innocentia, et contra allegationem vitiatae arguitur, si haec vita licentiosa celebris, voluptuosa, parum bene vixit, blandis verbis amiceque conversari cum stupratore visa, robore eumdem vincit, aptiori, quam is, ad concubitum, aetate instructa, parum formosa, vel medio inter homines consortio, tempore coitionis constituta, denique omisso ejulatu compressa fuerit. Ex harum, inquam, circumstantiarum, vel omnium vel quarumdam concursu ac mixtura prudens judex aestimabit, cui magis vel minus credendum sit, stupratori violentiam neganti, an de vi conquerenti puellae? ut subacto judicio, an et quale eruendi *veritatem* medium contra reum eligendum, decernere queat. Duo tamen extrema hic sunt vitanda 1) ne solius *stupratae* assertioni credatur temere, cui *calumniae* vitium saepe resistit, vicissim 2) ne reus ideo, quod parum his circumstantiis gravatus, protinus dimittatur, inprimis si de *stupro* convictus, solam *vim* negaverit, quum per illud sinistram praesumptionem incurrat, quae eo facilius violentiae argumenta, saltim in usum *purgatorii*, obfirmare potest, nisi forsan ex loci, temporisque allegati qualitate, aut roboris inaequalitate, vel aliarum circumstantiarum a stuprata relatarum disconvenientia cum allegata vi argumentorum efficacia ita collabatur, ut prorsus non audienda sit, quae de violentia conquesta est, docente Mev. *c. l. N.* X. et Leys. *c. l. M.* XXVI. Nominatim circa stupratam quaerunt, utrum multum fidei tribuendum querelis, ab illa *immediate* post coitum susceptis, an contra ex *silentio* ejusdem, si allegatio post tractum temporis facta, pro *falsitate* delationis sit pronunciandum. Priorem quaestionem plerique affirmant, et pro gravissimo violentiae indicio accipiunt, cui mirifice suffragatur ratio Leyseri *c. l. M.* III. *Quum enim*, ait, *compressae, etiam per vim, a plebe tamen digito monstrentur ac difficilius nubendi conditionem inveniant, vix ratio suppetit, quae mulierem incertam, an gravida sit, movere queat, ut per falsam hujusmodi accusationem, ex qua lucrum sperare nullum potest, in voculas hominum incurrere atque existimationem suam minuere velit.* In alia omnia ivit Kress. *cit.* §. VI. *N.* I. contendens, non omne omnino puellarum

interesse, quod suspectam facit earum denunciationem, deficere, eo quod sint stupratoris vitae arbitrae, ac aut mortem, aut nuptias appetere possint. Verum haec ratiocinio Leyseri non obstant, quandoquidem *bonum*, quod exalterutro horum sperare possent, tanti non est, ut *malum* ac dedecus, quo persona honesta se hominum ludibrio ac rumoribus exponit, vincere, aut commovere eam posset, ad temerariam denunciationem suscipiendam, et *minus* bonum cum dispendio *intolerabilis* mali eligendum. Si quid appetitui nuptiarum inest, quod promovere talem delationem posset, facile obliteratur perpetuo dedecore, cui sufflaminando nec *mors* stupratoris, nec *matrimonium* sufficit, adeoque interesse, quod pro falsitate delationis allegatur, est mere imaginarium. Plus difficultatis posteriori quaestioni inest. Etsi enim ejulatus perfecto facinore aliquam *praesumptionem* absentis violentiae, atrocioresque injuriae involvat, ea tamen tanta non est, ut prorsus non audienda, quae ex *intervallo*, stupro manifestato, exceptione *violentiae* contra opprobrium se defendere satagit. Scio non nullos ex ista praeconcepta opinione praesentem ejulatum ad *essentiam* judicii, quod de stupro violento exercetur, requirere, eoque neglecto, stuprum simpliciter pro *voluntario* habere: sed manifeste fallunt, falluntur que, qui hance crudem doctrinam in forum propellunt, non attendentes plures concurrere posse *caussas*, quae, stupratae, quo minus palam judicem mox adierit, *justa* ex ratione disuaserunt, ex intervallo autem in eam conditionem conjiciunt, ut jam demum de dissimulata injuria conqueratur. *Quid enim*, recte ait Kress. *c. l. N.* II. *si foemina casta honesta in loco remoto, ubi de actu nulla probatio haberi potest, ab homine nullius frugis, fugitivoque violentiam passa, quae prae nimia pudicitia et exinde metuendo diverso hominum judicio nubendi conditionem amittere verita, seque non praegnantem esse rata, siluit?* Nonne uteri gestatione postea manifesta satis probabilem caussam habuit injuriam, quam ad sui expulpationem jam aperire cogitur, olim dissimulasse? Num itaque capto consilio sibi praejudicabit improbumque stupratorem ab omni nexu liberabit? Nihil huic praetensae morae inest, nisi simplex *praesumptio* violentiae exclusiva, ea autem per stupratae honestatem morumque integritatem, stupratoris vero suspectam conditionem, quibus ratio silentii ex asse legitimatur, facile eliditur, eumdemque gravat, ut sub *tormentis* veritatem facti profiteri teneatur. Et uti alias in *collisione* praesumptionum contrariarum semper *fortior* vincit debiliorem, ita in praesenti specie argumentis, quibus stuprata tum silentium excusat, tum hostile factum verisimile reddit, sua efficacia temere non deneganda, quum nil nisi mera argumentorum collisio non liquida voluntariae commixtionis probatio hic occurrat. Praestat itaque justum temperamentum hic admittere, et *arbitrium judicis* probare, saltim ut inquirat, an, et quae argumenta sint verisimiliora et efficaciora? num illa, quibus stuprator negativam, an illa, quibus stuprata affirmativam tuetur? Nam ultimo omnia eo collimant, judicem prudentem disqui-

siturum, num violentiae allegatio sit prorsus profliganda, an aliqua, et qualis praesumptio pro eadem admittenda? quibusve eruendi veritatem mediis opus sit contra stupratorem? Neque ab hac sententia dimoveor vulgari, et etiam ab Auctore probato scrupulo, quasi *praegnantia* cum *vis* allegatione pugnet, et ad conceptionem, emissio spermatis, tum maris tum foeminae necessaria sit, quae non aliter, quam mulieris *voluntate*, et *appetitu* concurrente fieri potest ESBACH in CARPZ. *P.* I. *C.* XXX. *def.* X. *N.* V. MEV. *c. l. N.* IX. Palam est hocce ratiocinium ad forum *medicum* pertinere, inter eos autem, qui artem salutarem huc usque professi, rationem *conceptionis* generatim in ambiguo positam esse, nec certi quid de hac, quam vulgo stupro violento tribuunt, impossibilitate conceptionis, statui posse, consequenter vim concludendi, quae *singulari* opinione nititur, vacillare, nec assensum mereri, quamdiu, quod hactenus fieri non potuit, quaestio praejudicialis circa conceptionis rationem, evicta fuerit. Saltim nec medici recentioris aevi eam defendere conantur, nec JCti melioris notae eam admittunt HARPR. *Rs.* LXII. *N.* LIV. adeoque satius est eam, quae praegnans facta, de vi conqueritur, si rationibus violentiae *probabilibus subnixa*, audire.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 3.

Sodomia a majoribus acriter notata. Locus Taciti explicatur contra Lipsium aliosque.

Quam laudem Germanis tribuit Auctor, nescio, an mereantur, qui recentioribus temporibus has oras inhabitarunt. De priscis, sunt, qui hoc defendunt, tum ob legis *salicae* de hoc crimine silentium, tum ob testimonium JUSTINI II. *histor.* II. QUINTILIANI, qui in *declamatione pro milite*, cujus pudicitia tentata a Tribuno, *nihil tale*, ait, *novisse Germanos.* Verum uti a silentio legis ad deficientem criminis existentiam consequentia non valet, quum vetus Saxoniae lex de reliquis criminibus *carnis*, quae inter Saxones non prorsus incognita fuere, parum aut nihil caveat: ita QUINTILIANI et JUSTINI testimonium *forense* parum ponderis habet. Quorsum enim referemus testimonium TACITI, *qui de M. G. C.* XII. *corpore infames coeno ac palude injecta insuper crate mersos* narrat! Equidem JUSTUS LIPSIUS legit: *torpore infames*, contra fidem *vetustorum* codicum, et rationem solidam, quum torpor non soleat *infamiam* parere. Neque melior est conjectura eorum, qui retenta communi lectione verba: *corpore infames* de *murcis* interpretantur, quo nomine veniunt qui, ut militiam subterfugerent, membra sua mitilare solent. Proposuit, eam, sed ipse rejecit HUTH *in erudita dis-*

sertatione de his, qui notantur infamia §. V. et vulgarem explicationem praefert, qua muliebria pasios indicasse TACITUM, perhibent. Illud argnmentum leve, quod a suspicione, ut hoc ipso castitatis laudi, qua majores excelluere, quidquam decessnrum sit, mutuatur. Nec enim, ut verbis MATHAEI de crim. Lib. XLVIII. Tit. III. in f. utar, ullibi gentium ita pudicitia regnat, quin unus et alter impudici reperiantur. Praeterea funestum poenae genus, cujus meminit TACITUS satis obfirmat horrorem, quo pro innata castitate, foedissimum scelus detestati fuere majores. His accedit, cujus mentionem facit lex salica Tit. XXXIV. convitium: cinnitus, Quintvo vel Quinsvot, quod ad muliebria passos refert ECCARDT ad c. l. certo indicio PAIDERATIAN, etsi raram, non tamen prorsus incognitam fuisse. Crevit pedetentim praxis ejusdem, ut ex LL. Wisigoth. Lib. III. Tit. V. §. V. VII. apparet, nec non ex capitularibus, ceu plenius evicit HEINECCIUS Jur. Germ. Lib. II. Tit. XXIV. §. CLXX. adeo, ut ipse LUDOVICUS PIUS in addit. IV. apud BALUZIUM T. I. pag. 1226. hanc degenerationem corruptelis romanorum late tribuat. Neque tantum de his, qui sexu abusi mentionem faciunt istae leges, verum etiam eos taxant, qui crimine bestialitas seu sodomiae generis famosi sunt, quos speculator suevus capitis damnat der Gelust mit dem Vieh hat den soll man toten Cap. CLVIII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 9.

Notio sodomiae. Variae species. Coitus cum androgino. Mastupratio. Crimen onaniticum.

Species sodomiae *Art.* CXVI. *C. C. C.* comprehensae delictum hoc non exhauriunt. Quaenam vero praeterea huc pertineant, ex ipsa sodomiae notione dependet, in qua eruenda plures nimii fuerunt, et quamcumque *mollitiem*, vel *spurcitiem* huc retulerunt. Si leges romanas consulimus, crimen hoc iis proprium, qui sexu abutuntur, id enim sibi vult locutio, *cum vir nubit. l. 31. c. l. Jul. de adult.* qua id, quod mulieribus proprium h. e. *pati* ac *sustinere virum*, ad masculos transfertur. Ejusdem commatis sunt verba proxime sequentia: *ubi sexus perdit locum, ubi venus mutatur in aliam formam*, in eo cum prioribus convenientia, quod *inversum* congrediendi ordinem depingant. Unde sodomia LEYSERO *Sp.* DLXXXIX. *Med.* I. est actus, *quo libido alia, quam quae natura monstrat, via expletur*. Sed vereor ut paulo laxior sit, et omnem mollitiem contineat, quam tamen cum ea confundi non oportet. Rectius dicitur *coitus contra naturae ordinem*. Sic enim satis ab alia quavis spurcitie, quae sine congressu suscipitur, etsi naturae refragetur, differt; qualis est *fricatio*, vel *mastupratio*, quam perperam ad sodomiam referunt STEPHANI *ad cit. Art.* DAMHOUD *pr. crim. Cap.* XCVIII. *N.*

IV. Hoc posito evidens, cur coitus cum bestiis, quem *sodomiam generis* vocant, huc pertineat? Par ratio stupri in *puerum*, vel congressus *foeminarum*, mentito sexu, susceptus, de quo posteriori notabilia habet Hert. *in fatur. C.* X. §. III. quique interveniente membro *artificiali* expletur Boer. *Dec.* CCCXVI. *N.* XIV. Petrus Caball. *Resol. crim. cas.* XIX. *N.* XIV. Greg. Tholosanus *synt. jur. univers. C.* XIV. Ehrenaus *de matrimonio duarum foeminarum sex. simul. et init.* §. XXI. Male vero his immiscetur concubitus cum *androgino*, de quo appellationem *Weib mit Weib* nonnulli interpretantur, quum tamen is androgino sit *naturalis*, nec efficiat, ut venus in *aliam formam* mutetur Granz. *de defens. reor. P.* I. *p.* 501. Simon. *de impotent. conjug. C.* IV. *N.* XVIII. Majori jure huc refertur congressus *praeposterus* masculi cum foemina in vas non debitum, vel *alias perverso modo*, vel etiam cum *cadavere* celebratus Feltman *de cadav. insp.* CXXXIII. Koeppen *Lib.* II. *Obs.* CXXVII. *N.* II. Beyer *ad ff. Tit. de sepulcr. violat. posit. fin.* Nam his et similibus casibus nec finis, nec modus naturalis veneris servatur, et contra *naturam* coitio fit, cum diverso subjecto, de qua praeter species ab Auctore explicatas, varias habes in *Vol.* IV. *Cons. Tubing.* XXII. seq. inprimis speciem veneris in *os foeminae* exercitae *Cons.* XXVIII. Sunt qui *abusum* vel *projectionem* seminis masculini, sub *onanitici* criminis appellatione notum, pro sodomia habent quod, voce in laxiori sensu sumta, dubio quidem caret, strictiorem vero notionem egreditur, et sola *spurcitie* absolvitur. Foeditatem ejus satis depingit Simon. *de impotent. conjug. C.* V. *Th.* IV. *N.* XIV. variaque de ea Theologorum JCtorum ac litteratorum testimonia congessit Leys. *c. l. M. fin.* recte tamen eam velut peccatum sodomitico *affine* arbitrarie, plerumque exilio, expiandum vult.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 14.

Poena stupri manualis.

Nimis audacter *manuale* stuprum ab omni poena absolvit Simon *von Leuwen in censur. forens. Lib.* V. *C.* XXVIII. §. *f.* recte eapropter notatus a Struvio *Ex.* XLIX. *Th.* XLIII. Rursus in excessu peccarunt Ant. Mathaei *Tit.* III. *C.* VI. *N.* VIII. et Brunem. *de proc. inq. C.* IX. *N.* XLIX. dum gladio vindice id expiandum tradunt, praejudicio verae *sodomiae* occoecati. Quanto rectius in mediam sententiam propendunt, et ad summum corporale supplicium dictant Beyer *ad Art.* CXVI. *C. C. C. P.* VI. et *Tubingenses Vol.* IV. *Cons.* XVIII. *N.* V. LIV. LV. CXXVII. quia secundum antea dicta a coitu alienum est, et detestabili luxurie tantum absolvitur.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 34.

Cur bestia e medio tollenda?

Solis moribus debetur, quod bestia una cum reo comburatur, quemadmodum, ubi reus solam gladii poenam, aut leviorem subit, vel carnifici privatim jugulanda traditur, vel aliorsum deducitur MULLER *ad Struv. Ex.* XLVIII. *Th.* XLII. *Tit.* V. Unde haec executio non obstat, quo minus ratio in tollenda sceleris *memoria* cum Auctore quaerenda sit. Alii eum in finem ad imitationem juris *divini*, provocarunt, quae sententia verisimillima, quamvis aeque fundamentum illius juris sit, ne bestiae contaminatae nefario flagitio turpissimam facti memoriam refricent mortalibus. THEOD. *coll. crim. C.* X. *ph.* III. *N.* V.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 37.

Sôdomia generis vivicomburio; Sodomia sexus gladio punitur. Idem in praepostero conjugum coitu.

Etsi lex Carolina Sodomiam sexus ac generis peraeque *concrematione* coerceat, eique suffragetur jus *Palatinum P.* V. *Tit.* XXXIII. usus forensis tamen, cui observantia *Saxonica* ansam dedit, recessit, adeo, ut extra Sodomiam *generis*, velut *summum* impuritatis gradum, sola *gladii* poena sufficere credatur, cui accurate congruit jus *Austriacum art.* LXXIII. observante FROELICHIO *P.* II. *Lib.* III. *Th.* VI. *N.* II. Immo sunt, qui ob defectum legis dispositionis *praeposterum* mariti cum uxore concubitum, contra doctrinam Auctoris, a poena capitali eximunt GRIBNER *de interces. in crim. Bigum C.* I. §. XXXII.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 39.

Aetatis ratio habetur. An simplicitatis et ignorantiae juris?

Poenales sanctiones satis certae, magis dubium, an non aliquando mitigandae? Aetati *minorenni* hic utique aliquid dandum. BERG. *Cl. crim. P.* II. *obs.* CLVII. maxime si de summa imprudentia rei constat; difficilius nimis *provecta* veniam meretur, quae dolum non minuit, sed aggravat, etsi aliter senserint Tubingenses apud GRASS. *Collat. jur. R. cum R. J. P.* 911. An idem de *simplicitate*, et crassa *legum ignorantia* dicendum, non adeo expeditum est. Negativam tuentur JCti Tubingenses *Vol.* IV. *C.* XXIV. N. IX. in concubitu *praepostero* cum uxore celebrato, quam multo magis in *belluino*, locum habere Kressius existimat quasi ignorantia in delictis juris *naturae* nemini prosit. Aliter quondam sensisse Hallenses JCtos, poenamque *fustigationis* imposuisse recordor, homini simplicissimo, et in articulis fidei prorsus rudi, qui

cum capra turpiter coiverat, et pro excusando facto allegaverat, *der Bock habe es auch so gemacht, also habe er gedacht, dast es ihm, als dem Hirten, niht verwehret sey*. Tametsi enim recta ratio eum de turpitudine satis convincere potuit, non tamen gravitatem *poenae* docuit, quae juris mere *positivi* est, et sic in homine agresti, penes quem defectus legitimae educationis, et instructionis saepe cernitur, ignorantiam non prorsus reprobat. Aliud dicendum, si sagacior, et qui facile ignorantiam vincere potuit, aut alias eam verisimilem reddere judici nequit, brutali impetu percitus, peccaverit, ne, ut fieri solet, hoc refugium commune fiat, quod per modum *exceptionis*, si ratio probabilis eidem assistit, unice probo. Addunt his *seminis immissi*, et utriusque *confessionis* defectum, sed de eo obs. seq. agendum. Neque aliud de *intercessione* innocentis dicendum, cujus hic ob delicti, sua natura *capitalis*, cum adulterio concursum, nulla prorsus ratio habetur Griebner. *c. l.*

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 46.

Exasperationis justitia ob circumstantias aggravantes.

Argumenta, quae Auctor contra exasperationem *saepius* iterato flagitio coacervat, parum stringunt. Sola poenae ordinariae *gravitas* non impedit, quo minus reus praeparatoriis excruciari, et dignum tanta malitia supplicium subire possit, ut exemplo rotae et dissectionis probat *Art.* XX. *C. C. C. et Art.* CXXX. Silentium legis Carolinae non obesse supra in doctrina de stupro violento et rapina ostensum. Et quum sola *ratio* legum criminalium sufficiens argumentum porrigat, ut hae ad casus similes proferantur, nil movet ut circa corticem verborum haereamus. Denique quod Auctor de delictis *momentaneis* ac *successivis* somniat prorsus ineptum est, quum non haec circumstantia sed delicti *qualitas* exasperationem fundet, et plura dentur delicta momentanea, in quibus augmentum poenae cesscat, hac sola ratione, quod non sint atrociora. Quanto rectius hanc exasperationem in iis casibus, quibus sodomia gladio coercetur, probat Grass. *c. l. p.* 914. si de *frequenti* iteratione constat. Interim in hac specie non subsistendum, sed idem jus ex paritate rationis etiam ad eos casus extendendum, quibus nefarius coitus *concrematione* luitur. Consentit jus *Austriacum* Froblich. *c. l.* N. IV. si nefas saepius, vel a personis *provectoris* aetatis commissum.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 63.

Frustra hic seminis immissio requiritur.

Quae jam supra in doctrina de adulterio necessitati seminis immissionis opposui, et contra cerebrinum corpus delicti, quod in utriusque confessione vulgo collocatur, disputavi, etiam hic repetenda et tanto ma-

gis applicanda, quanto majoris efficaciae in *brutali* coitu *pulativa* ista *perfectio* esse potest. Fatentur id complures JCti, qui alias in adulterio eam mordicus defendunt, sed in hac specie nihil quoad poenam ob hanc circumstantiam mutandum censent, si modo de membri immissione constat. Farin. *pr. cr. Qu.* CXXIV. *N.* XXXVIII. Gail. *de P. P. Lib. I. c.* XIV. Rol. a Valle V. I. *Cons.* VII. *N.* IV. Damhoud *pr. crim. C.* XCVIII. *N.* VI. Donauer *Conf.* XIV. *N.* XVII. Granz. *P.* II. *p.* 215. Inter recentiores eamdem sententiam profitentur Brunnem. *ad l.* 1. *de extraord. crim.* Eugau *Lib.* I. *Tit.* XIX. §. CCLXI. Quid? quod etiam Leysero communis opinio suspecta visa, qui, erciscundus, remisso vivicomburio a poena saltim *gladii* non recedendum putat *c. l. M.* X. Quin imo statuta locorum passim hoc principium agnoverunt, ut de jure *Wurtenbergico* testatur Grass. *c. l. p.* 909. et Laut. *different. jur. Wurtenb. p.* XLVII. cui conforme est edictum Regium in his terris promulgatum Anno MDCCXXVI. Illustr. Mylius *corp. Const. March. P.* II. *S.* III. *p.* 141. Et profecto, cui usui esse potest, quam vulgo fingunt sanguinis commixtio, in PAIDERATEIA, aut venere in os foeminae exerci? an sub specie quadam defendi potest sanguinem utriusque subjecti tum commisceri? Sane tam absurda in his casibus mihi videtur praetensa ista perfectio, ut mirari subeat, esse JCtos, qui eam adhuc defendere satagunt. Quo posito per se concidunt dubia, quae vulgo formantur, quoties quis tale quid cum *ansere*, et *Gallina* exercuit, ubi immissio seminis cum possibilitate pugnat, et sola applicatio virgae virilis ad vas belluinum sufficit, ceu passim ab ordine JCtorum *Hallensium* pronunciatum memini. Gemina his sunt, quae de utriusque *confessione* somniant. Vide Froel. *c. l. N.* III. Nam etsi in *bestiali* coitu, ultro cum Auctore nostro in sola rei confessione acquiescunt, in sodomia *sexus* tamen vulgari praejudicio reguntur, et quod illo casu pro liquido habent corpus delicti, in hoc tamdiu in dubium vocant, quamdiu *utrinque* confessio de perfecto flagitio nondum accessit, certissimo argumento, eos magis cerebrina et ratione sufficienti destituta, quam solida principia adamare Wernh. *de cerebr. conc. corp. delict. C.* XXX. Plane si dubium, utrum bestia reum admiserit, facilius contra perfectionem excipi potest, quorsum refero speciem a Bergero *p.* 143. relatam, ubi confessio rei rejecta, quod canis tempore tentati sceleris *gravida* fuit, artis venatoriae periti vero censuerant, pro ista conditione bestiae fieri non potuisse, ut crimen consumaretur. Similem in modum poenam extraordinariam olim dictavimus reo, immissionem membri in vas equinum confesso, quia peritorum attestata in eo conveniebant, *dass die Stute nicht rossig gewesen*, sine hac proclivitate accessus praetensus possibilitati repugnat.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM LXXVI. N. 67.

Praescriptio quinquennii. Variae Dd. opiniones.

Circa praescriptionem hujus criminis non conveniunt. Vicennium definit Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* III. *C.* VI. *in fine* quasi lex Julia, cum *stupro* accusando quinquennium praefinivit, de venere *monstrosa* non cogitaverit, adeoque nobis subsistendum sit in regula. Alii quos citat Muller *ad Struv. Ex.* XLIX. §. XLII. *in f.* atrocitate sceleris moti, *perpetuam* volunt accusationem. Neutra sententia mihi ad palatum est: non prior, quia ratio Mathaei divinatoria est, non posterior, quum *atrocitas* delictorum in definienda praescriptione non attendatur, ut intra *Qu.* CXLI. docebo. Rectius in quinquennio subsistendum quod, lege Julia, praesens scelus, ut supra evici, comprehendente, definitum. Sic non ita pridem respondimus, et ex officio praescriptionem supplevimus, quum ex actis et articulis inquisitionalibus constaret, impuram coitum ante XV. annos celebratum fuisse.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXVII. N. 4.

Rejecta distinctio furti manifesti et nec manifesti.

Non magis prior, quam posterior ratio concludit ad evincendam distinctionis veritatem, quin potius illi graviter obstat, quod fures *nec manifesti* sint longe *sagaciores*, et multo magis timendi, quam manifesti, quorum *simplicitas* et ingenii ruditas minorem *doli* gradum arguit, docetque, eos non adeo cavendos, et noxios reipublicae futuros esse. Quam ob rem, si haec distinctio normam coercendi furta constitueret, sufficiens ratio prostaret, inverso potius modo de poenae augmento judicare et *sagacioribus* duriorem vindictam praeparare. Quod, quum per leges fieri nequeat, gravitas poenae autem, quam illae in furto manifesto suggerunt, mero errore nitatur, meliore jure tota distinctio rejicienda, omnesque fures dolosi peraeque, non habita ratione deprehensionis, castigandi. Accedit, quod circumstantia ista deprehensionis et non deprehensionis reatum furti non ingrediatur, sed ad merum casum *fortuitum* pertineat, quod, ad negligendam eam in quaestione de poena, sufficit. Usum eo majorem habet haec observatio, ex quo architectus Carolinae praejudicio juris R. imutritus secundum hanc distinctionem poenam capitalem moderatus est *Art.* CLX. *C. C. C.* quod moderamen tamen ob supra dicta

principia in foro prorsus non attenditur. Eodem modo *posteriori* rationi veritas deest. Quae enim desidia et negligentia in re *propria* juridice allegari potest, cui poena vel satisfactio publica immineret? Et an desidiae is praecise reus, qui, quantumvis centum oculos habet, nil mali metuens, possessione rerum suarum subdola contractatione, excidit? Si haec ratio admittenda, profecto valde *particularis* foret, nec consistere posset cum principio generali, ad quod omnes fures manifesti tametsi in res parum custoditas incidant exigendi. Unde dudum distinctionem istam deseruerunt Kress. *ad Art.* CLVII. *C. C. C.* Obrecht. *disp.* XXX. *Th.* XVI. Heineccius *jur. Germ. Lib.* II. §. LXI. et ipse Auctor *Qu.* LXXVIII. *N.* VIII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXVII. N. 47.

Durities poenae capitalis in furto. Quantitas quinque solidorum ex lege Friderici.

Sive proportionem poenae capitalis cum delicto in *damno* dato quaeras, sive in *qualitate* et *effectu* delicti, hoc est *malitia*, *frequentia*, *turbatione reipublicae*, nihil proficies ad defendendum capitale supplicium contra duritiem a pluribus assertam. Hae circumstantiae in omnia delicta cadere possunt, nec tamen ubique sanguinis rigor praevalere debet. Quo frequentius delictum est, eo majus eidem malum opponendum, sed id non praecise in poena *capitali* quaerendum, quum poenarum plures dentur species, quibus, si non majori et meliori, *aequali* tamen modo compensatur malitia furandi. Vincula, carceres, opus publicum intolerabile onus furibus conciliant, adeo, ut saepe mortem potius praeoptent, quam ut laborum carnificinam subeant. Fons enim hujus delicti non, ut vulgo creditur, est habendi cupido, sed *voluptas*, et studium *laute* vivendi. His vero nil magis contrarium, quam vita constricta, iisque rebus destituta, quae voluptatem nutriunt. Hanc repraesentant compedes, et damnatio ad operas publicas, adeoque fures, qui his excruciantur, talem poenam subeunt, quae efficax est, ad eos in officio continendos, quod in foro criminali sufficit *Vol.* IV. *Cons. Tubing.* XXXVII. *N.* XXI. Unde non tantum *superflua* est poena suffocationis, verum etiam, dum vitam funesto modo aufert, justo *durior*. Quidquid sit, res utique distinctione indiget. Furtum enim vel *qualificatum*, vel *simplex* est: in illo poena capitalis nullam severitatem spirat, quia, quod cum eo concurrit factum *hostile*, omnem misericordiam excludit. Facilius in hoc, de quo etiam capiendi, qui dicam legibus Carolinis hac in parte scripserunt. Quantitas enim quinque solidorum, in qua fundat Imperator poenam capitalem, tanta non est, ut ei respondeat atrocitas supplicii. Unde, uti in Thesi facilius admitti potest sententia de Cocceji *de proport. furt. in suspend.* §. XIII. *ridiculum est, quaerere proportionem inter poenam et damnum, quum hujus reparatio seorsim fiat, sed videndum, an proportio sit inter*

poenam et hominum; *malitiam*, *et ad furandum propensionem*; ita in hypothesi ubi ipse legislator proportionem quoad maximam partem in minoris momenti laesione collocavit, non potest non duritiem spirare. Palam est, Imperatorem legem suam ad constitutionem *Fridericianam*, quae ob *quinque* solidos reos ad malam crucem condemnat, exegisse. Qua in re autem manifeste lapsus est, quod in nuda quantitate substiterit, nec ullam rationem *temporis*, quo ista lex scripta, habuerit nec mutatum rerum ac *pecunia* pretium spectaverit. Aevo enim Fridericiano, quo pecunia rara, rerumque pretia leviora, ista quantitas utique notabilis et alicujus momenti erat: sed pro conditione *recentiorum* temporum vix est, ut ei rigor iste respondeat, quum pretia rerum admodum creverint, aestimatio pecuniae decreverit, et sic damnum per ablationem quinque solidorum minoris momenti sit. Si admodum legis *Fridericianae* poenam capitalem determinare voluisset, Carolus V. tantam quantitatem definire debuisset, quanta hodie et pro conditione praesentis temporis opus est, ut respondeat damno, quod aevo *Fridericiano* per interversionem quinque solidorum inferri potuit. Quod, quum factum non sit, conditio *pecuniae* vero insignem *mutationem* hodiernis temporibus experta, durities sub nullo praetextu defendi potest. Neque audiendi, qui necessitatem poenae capitalis ex lege *divina* repetunt. Id enim argumentum *affectatae ignorantiae* in doctrina de natura et fine poenarum esse, asserit Thomas. *de abigeat* §. IX. Nec enim necesse est, ut omnes poenae conformes sint juri divino forensi, sed prudentis legislatoris est, eas eligere poenas, quae reprimendis delictis sufficere videntur. Veritatem rei laudat de Ludewig *diss. jur. R. et G. in furt. ferar.* et agnoscunt, quotquot in puniendis furibus hodie desudant, dum non nisi *temerariis*, speque *emendationis* destitutis poenam capitis dictant, et pronissimi sunt ad quamcunque *levissimam* causam pro mitigatione admittenda, eam non admissuri, si de aequitate *suspendii* persuasi essent. Interim quantitatem Jure *Tyrolensi* definitam ex qualitate *veteris* aevi pecuniae aestimari testatur, Froelich. *cit. loc. N.* VIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 12.

Furtum simplex non effractionis sed periculi oppositum.

Rectius furtum *simplex* dixeris, quod sine *periculo* committitur. Effractio enim periculum non exhaurit, quod etiam absque illa concurrere potest, ut plenius *Qu.* LXXIX. docebo.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 15.

Poena capitalis ob quinque solidos ablatos per modum regulae praescripta.

Vellicant plures Auctorem, quod ob furtum primum *magnum* Carolum V. capitalem definivisse, tradat, existimantes legislatorem poenam *certam* non determinasse, nec, nisi pluribus concurrentibus circumstantiis, applicari voluisse *capitalem*, ut late probat Grass. *Collat. p.* 676. a quo parum distat Theodor. *C.* II. §. VII. *N.* XLIX. dum poenam mere *arbitrariam* ex hac lege evincere studet. Imo sunt, qui in hac specie capitis poenam prorsus non agnoscunt Hahn *ad Wesenb. h. t. N.* XV. Quid? quod in Archiepiscopatu *Salisburgensi* non nisi ex magna causa ad hanc poenam recurrendum Bluml. *ad art.* CLX. *C. C. C. N.* II. Ego vero cum Auctore sentio, qui non ignoratis praecautionibus in *Art.* CLX. *C. C. C.* praescriptis solam *regulam* tradere, et jus vagum ac incertum, quo nititur sententia contraria, derelinquere maluit. Regula itaque omnino salva manet, *conditionibus* tamen constringenda, ad quas judicem ipse remisit legislator. His in totum vel in tantum non concurrentibus, exceptio, et arbitraria judicis vindicta non negatur, sed ipsis verbis *an Leib oder Leben* potius firmatur, consentit Froel. *ad C. C. C. P.* IV. *Tit.* I. *N.* II. Unde in meram logomachiam incidunt, qui, novaturientes, contra capitis supplicium pugnant, et tamen ipsi id, concurrentibus circumstantiis hic traditis, admittunt. Interim saluti reorum per unam aut alteram doctrinam nil decedit, sed unice pendet a conditionibus sollicite expositis, quid et quantum meruerit reus poenae nomine vid. *Obs.* VIII. *infra.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 20.

Damnum simpliciter ex quinque solidis non ex conditione laesi aestimatur.

Nulla verisimili ratione defendi potest, Carolum V. *damnum*, cui superstructa est poena capitalis, ex qualitate *patrimonii* ejus, cui quid surreptum, aestimasse. Nam sola *V. solidorum* definitio *generaliter* facta, contrarium arguit, qua opus non fuisset, si divitiae, vel paupertas laesi mensuram damni constituerent; praeterea inest huic aestimationi tanta *incertitudo*, ut si ad specialiores casus eorum, quorum nec maximum, nec minimum patrimonium est, descendimus, judex non possit non dubius semper haerere, cujusmodi *arbitraria* jurisprudentia et reis, et publico est admodum noxia ac periculosa, salute miserorum quippe, et utilitate publica, ab *imaginatione* judicis sententiam in proposito casu ferentis prorsus pendentibus. In furto *parvo*, quod extra ordinem coercetur, si rationes ab opulentia laesi subducuntur non repugno: ve-

rum fundamentum *capitalis* supplicii in eo generatim quaerere velle, tum rectae rationi, tum regulis interpretandi adversatur. Haec si considero, opus non est refugio, quod Auctor *N.* XIX. pro salvando *Art.* CLX. *C. C. C.* allegat. Neque enim ibi proprie de causis mitigandi poenam, sed de fundamento, ex quo poena variat sollicitus est, ut docent verba *an Leib oder Leben* et dum damnum laeso datum aestimandum esse jubet, nihil aliud commendat, quam diligens examen, utrum damnum, quod ipse in quinque ducatorum aestimatione collocaverat, vere in proposita specie datum sit, et adhuc perduret.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 31.

Quantitas solidorum jure veteri varia. Mensura hodierna.

Dudum in Germania mensura poenae capitalis in *solidis* quaesita. Vetus lex *Saxonum Tit.* IV. §. VII. tres, lex *Baivariorum Tit.* VIII. *C.* VIII. decem solidos definit. Neque aliter *medio aevo* judicatum. In speculo *Saxonico* enim jus vetus quoad *tres* solidos repetitum *Lib.* II. *Art.* XIII. sed Fridericus II. *Feud.* XXVII. §. VIII. in *quinque* solidorum aestimatione substitit. Gemina sunt, quae exhibent *J. P. Alem. Cap.* CXIV. et varia statuta, tametsi voce Schillingiorum utantur, ut ex *Statut. Goslar. Lib.* II. *Tit. von Vrede brack* apud Leibnitz. *script. Brunsv. T.* II. *pag.* 500. et *Hamburgensibus* VIII. Schillingos praescribentibus, apparet apud Ill. de *Westphalen monum. inedit. rer. Germ. T.* IV. *pag.* 3017. Jus *lubecense* V. solidos, quos Auctor *der grundlichen Nachricht von Lubeck. C.* XLI. *p.* 269. de aureis ducatis interpretatur, requirit. *Bremenses* duas marcas computasse, observat Kress. *ad art.* CLIX. *C. C. C.* §. I. *N.* I. In aliis vero civitatibus jure Bremensi donatis, dimidiae marcae tantum mentio fit, ut docent statuta *Verdensia Art.* CLXXX. apud Puffend. *obs. jur. univ. in appendice pag.* 133. *et Haderslebiensia*, quae exhibet de Westphalen *c. l. p.* 1979. aliaque allegata a Cl. Dreyero *de vividefos. pag.* 23. Quid? quod vetus jus *Cimbricum*, ad quod idem provocat, excessum unius Schillingii sufficere ad patibulum jubeat. His diversis moribus obviam iturus Carolus V. quinque solidos substituit. Quales intellexerit, dubium. Solidos *aureos* interpretatur Stryck. *V. M. h.* §. VI. *Argenteos* majores seu *Florenos imperiales* Schilt. *Ex.* XIX. §. XVII. Auctor vero cum Bejero *ad cit. art. posit.* XXI. solidos minores, seu *baciones*. Verisimiliter legislator cogitavit, de significatu ex *tantiori* et usitato et ideo *aureos Rhenenses* intellexit, quibus appellatio *gulden* proprie respondet. Incertitudini subvenit *usualis* interpretatio, ex qua unice repetenda mensura *ducatorum hungaricorum* fori hodierni. Plane in *ducali* Saxonia ea ne quidem sufficit, nisi damnum ad decem aureos h. e. XXVI. Thaleros et sedecim grossos se extendat Beck *de rest. rei furt.* § XXII. adeo ut monitum Lynckeri *P.* I. *dec.* LXV. de moneta currente a dica-

steriis Jenensibus observata, antiquioris temporis usum respiciat. Jus *Austriacum* XII.florenos exigit Froelich. *c. l. N.* VIII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 48.

Mensura quantitatis legalis, furto a pluribus simul commisso.

Ab hac sententia divortium facit Ludovici *ad Art.* CLVII. *C. C. C.* et ex eo, quod actu quilibet sociorum percepit, poenam. Commensurandam putat, ita, ut cui infima sors obvenit, leviori poena facinus luat, quod etiam definitum in *jur. crim. palat. P.* V. *Tit.* XLIV. §. I. Interim manifesta aequitas Auctori assistit, maxime quum in coercendo furto *damni* dati, non vero *lucri* a fure percepti ratio habeatur, quam late defendunt Homm. *de poen. furt. mitig.* §. X. *seq.* et Stryck. *V. M. h. l.* §. VII. et Beck. *de restit. rei furt.* §. XXIII. Si secundum verba legis pronuntiandum esset, operosa ista disputatio exularet, quia lex in eo, utrum laeso V'. ducati ablati, unice subsistit, et sic, si de eo constat, omnes, nulla divisionis habita ratione, ad eamdem poenam capitalem condemnat. Verum *rigor* poenae, et quod in singulis durum, ne temere plurium sanguis effundatur, *mitiorem* sententiam invexit, effecitque, ut habita ratione ratae pro numero sociorum de poena statuatur. Requiritur tamen, ut omnes conjunctim tanquam socii ad furtum aequaliter concurrant, sive in *excubiis* steterint, sive ipsi *immediate* contrectaverint. Aliud dicendum, si furto ab uno plene perfecto, res ablata alii asportanda fuerit tradita; tunc enim is *solus*, non aeque hic *capite* puniendus, tametsi quantitas legalis duplum excedat Wernh. *P.* VI. *Obs.* CDLX. quia furtum non ab utroque, sed solo contrectatore commissum.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 65.

Aestimatio damni per juramentum laesi eruenda. Modus aestimandi res juramentum praecedens. Jurat laesus aliquando ejus ministri.

Varia sunt, quae contra hoc juramentum monet Granz *P.* I. *p.* 511. idque ad quaestionem furti *civilem* restringit, sed usus forensis eum deserit, nec argumenta ab eo prolata stringunt, quibus obviam ivit Kress. *ad Art.* CLX. *C. C. C.* §. XX. *N.* 1. Quod si hoc juramentum non admitteretur, fures plerumque impune ferre possent malitiam, nec remedium prostaret, quantitatem damni eruendi, quod, an saluti publicae respondeat? alii judicent. Adhaec, etsi utique corpus delicti, h. e. quale et quantum ablatum, accurate eruere, ratio juris postulat, scrupulosa tamen ejus indagatio merito fugienda, sed in *morali* certitudine subsistendum, ceu dudum monuit Leys. *sp.* DXXXV. *Med.* VII. XXVII. Necesse tamen est ut I) singulae res *specifice* allegentur, earumque

aestimatio non in *folle*, sed professione pretii, quo singulae constant, fiat, ut eo melius judex de fundamento aestimationis, in qua saepe laesus excedere solet, cognoscere, et utrum *probabilis*, an *temeraria* sit taxatio, ante juramentum praestandum examinare possit. Eum in finem II) *rationes*, cur res tanto, et non viliori pretio aestimaverit, allegari oportet, quae si non sufficientes judici verisimiliter visae juramentum merito exulabit SALIG. *de poen. furt. incert. aestim. C.* II. §. II. Et quid, si reus minorem valorem vel ante vel post juramentum probare paratus sit? eum utique audiendum esse ratio juris suadet. Est enim hocce jurisjurandi remedium mere *subsidiarium*, nec aliter, quam deficiente quacunque ratione aestimationem eruendi, usu fori probatur. III) Etsi regulariter *Domino* aestimatio committatur, in ea tamen praecise et absolute non subsistendum, maxime si is rerum suarum parum curiosus, alius vero de conditione earum meliorem notitiam habet, ut circa personas *illustres* et in dignitate constitutas contingit, quarum *ministri* et officiales cimelia aliasque res sub sua custodia habent, et earum conditionem facilius, ac melius profiteri possunt, quo casu horum juramento standum, uti non ita pridem Scabinos Lipsienses in notabili casu respondisse testatur HOMMET. *c. l.* §. VIII. Ita vero apparet IV.) solam furis *confessionem*, se ultra quantitatem ablatam abstulisse, ad poenam capitalem haud sufficere, quamdiu *ex taxatione* peritorum, vel laesi judex de valore non convictus fuerit.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 67.

Utrum laesus ad jurandum cogi possit? Quid si contumax in jurando? Quid si morte praeventus jurare non possit? Quantitas a taxatoribus deminuta.

Sed quaestio praejudicialis est, utrum judex *contumaci* morem gerere, an vero eum ad jurandum cogere possit remediis poenalibus. Tentare id posse judicem, nullus dubito, quum adversus *testem* ita procedere queat, inter quem et laesum nulla ratio differentiae dari potest, quamvis in casu *extremae* contumaciae satius sit, reum a *capitis* supplicio absolvere, quum causa ob contumaciam tertii non fiat liquida, in dubio autem benignior sententia praeferenda sit. Neque obstat quod laesus damnum *remittere* possit, hoc vero ad mitigationem, obcessans in effectu damnum, per se proficiat. Nam hoc in quaestione est, utrum sola *contumacia* per se remissionem inferat, quod nego, quum utriusque non tam necessarius sit nexus, ut illa sine hoc consistere nequeat. Tanto minus vero de eo ambigendum, si reus diserte professus est, se nec jurare, nec tamen remittere velle. Facilius media coactiva exulabant, si laesus certam pecuniae summam, vel veram ablatarum aestimationem indicavit, postea autem jurare jussus, tergiversari incipit, sibique non liquere damni veram

aestimationem, vel eam quantitatem *legalem* non superasse, excipit. Tunc enim, non potest non animum *majorem* quantitatem, si quae adfuerit remittendi, damnumque pro minori agnoscendi, habere, quod ad mitigationem omnino sufficit, siquidem etiam haec tunc locum habet, si damnum in *tantum* remiserit, et sic, effectu spectato, illud quantitatem legalem non superet. Idem dicendum, si quocunque modo circa valorem rerum *dubium* remanet, sive quod taxatores in aestimatione non conveniant, sive quod laesus *morte* praeventus jurare non possit Bluml. *ad art.* CLXII. *C. C. C. in f.* licet posteriori casu aliud dicendum esse ab ordine nostro responsum meminerim, si tales adsunt circumstantiae, ob quas alias mors loco *juramenti* habetur, quum non quidem facile ob incertitudinem corporis delicti ad rigorem confugiendum, nec tamen nimia scrupulositas probanda, ubi de *morali* certitudine constat.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 75.

Tria fundamenta poenae capitalis ex Carolina.

De hac quaestione mentem meam antea *Obs.* II. jam proposui. Mihi, ut de plano loquar, verbis ludere, non reapse dissentire videntur, qui de capitali supplicio in furto primo magno quaerunt, et contra id calamum stringunt. Quasi vero alicui in mentem venerit defendere, quod *sola* quantitas V. ducatorum abscisse ad poenam capitalem sufficiat! *Art.* CLX. *C. C. C.* diserte judicem remittit ad actuale damnum quantitatis legalis *vvie scadlich dem Bescadigten der Diebstahl sein mog*, quibus verbis *primum* fundamentum rigoris continetur. Tum addit *mehr soll ermessen vverden der gute und bose Stand etc.* Hic habes *alterum*, quo mentis improbitas, quae summum doli gradum arguit, depingitur. Tum ad circumstantiam *ob der Dieb beruchtigt oder betreten* provocat: hinc *tertium* fundamentum. Equidem postremum forum non agnoscit, ut supra docui, interim hoc certum est hodie, subducto posteriori *duo* priora concurrere debere ad poenam capitis imponendam, eosque qui poenam capitalem defendunt, nil minus, quam *promiscuum* ejus usum probare sed praeter quantitatem singulares circumstantias requirere, quales ex *animi improbitate* unice repetendae et ob quas ii ipsi, qui arbitrariam poenam commiscuntur, nisi vim verbis *am Leben* facere velint, rigorem admittere tenentur. Jam vero perinde est, poenam capitalem in furto magno non admittere, nisi de pessimo consilio et emendatae voluntatis defectu constet vel eam ad utrumque hoc fundamentum in Carolina determinatum restringere.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 82.

Quid furtum tertium iteratum? Num priora jam punita esse debeant? Quid si tria furta eadem nocte perpetrata? Praescripta num computentur?

Praesens inspectio ad eam quaestionem pertinet, quale furtum pro *tertium* iterato, et ad rigorem *Art.* CLXII. apto habendum sit? et utrum solus numerus ad qualitatem, quae hic supponitur sufficiat, an vero quid amplius accedere debeat? pro qua resolvenda melius criterium non habeo, quam quod ipsa legislatoris descriptio suggerit dum *tertium* furantem *einen verlaumdeten Dieb* vocat, qualis est, qui *extremo* gradu malitiosus in arte furandi habitum sibi contraxit, omnemque emendationis spem decoxit. In quem ergo post iteratam contrectationem hoc praedicatum quadrat, is utique ad modum cit. art. exigendus est. Contra in quo id fallit, tametsi semel ac bis furtum commisit, ex mente legislatoris de *triplici* furto accusari nequit. Conjungendus itaque numerus furtorum cum idea furis tantopere *improbi*, ut de emendatione prorsus desperandum sit, quo casu demum tuto ad hunc art. confugiendum. Hoc supposito facile definiri potest, utrum hoc tertium furtum tunc demum attendatur, si priora jam *punita* fuerint, an etiam non punita huic articulo respondeant? Usus forensis, maxime. *Saxonicus* priorem sententiam comprobat, quod appellatio *eines verlaumdeten Diebes* unice ei, qui omnem frontem perdidit, nec poenis corrigi potuit, propria sit Berg. *El. crim. p.* 40. Stryck. *V. M. h. l.* IX. Wernh. *P.* V. *Obs.* CXCVII. Neque huic adeo repugno, si duram capitis poenam et certitudinem de hominis *incorrigibilitate* omnibus numeris absolutam, quae hic adest conspicio. Utrum autem in ea circumstantia *Carolina* praecise se fundaverit, an vero in sola *reiteratione* triplicis furti substiterit, alia quaestio est. Posterius cum verbis, tum rationi congruit. Cui usui enim foret requisita a Carolo *probatio* priorum furtorum verbis: *und solcher dreyfachtiger Diebstahl mit guten Grund als zuvor von Erfindung der Wahrheit gesetzt ist erfunden wird?* quum supposita eorum coercitione, causa sit liquida, nec probatione indigeat. Et dum solam *veritatem*, praetereaque nihil, desideravit, non video, cur abscisse requirendum sit supplementum, sine quo de habitu furandi nihilominus constat. Is enim ex *emendationis defectu* recte arguitur, de quo satis certum, ubi frequens iteratio liquida fuerit, licet malitia non sit tanta, quanta se exserit, si nec praemiis et aggratiatione demulceri, nec poenis fur corrigi potuit. Ut taceam in civile esse, in modo poenae statuendo rationem habere eorum delictorum, quae jam expiata jam sunt, non vero, quibus nondum satisfactum est, ut ratiocinatur de Cocceji *c. l.* §.XLI. Plane, ubi, quod passim factum, statuta poenam antecedentium furtorum desiderant legi standum adeo ut tum ne quidem ad poenam capitalem sufficiat, reum

ea propter *privatim* a parentibus vel praeceptoribus castigatum fuisse, quippe ista coercitio rationem *poenae* non habet, quae non nisi per *sententiam* judicis imponenda. Deficientibus vero juribus particularibus in solo *numero* furtorum subsistendum, quod ex jure *Tyrolensi* illustrat Froel. *c. l. Tit.* II. N. IV. Par ratio *loci*, unde contrectatio facta nec quidquam refert, quo in territorio furti crimen commissum sit, sed eadem dispositio obtinet, si vel maxime priora in eo loco, ubi pecuniaria, vel lenior servatur, consumata. Idem *c. l.* Denique hoc notasse juvabit, pro furto tertio etiam id haberi, quod *pluribus* vicibus iteratum, excessum tertiae repetitionis vero non attendi modo ad minimum fuerit triplex Leyser. *Sp.* DLIII. *Med.* XII. Contra magis intellectu juris pro uno,quam multiplici furto haberem, quod actu *continuato*, vel una eadem die, nocteve sive in iisdem, sive in diversis locis commissum. Quamdiu enim *interstitium* notabile, quo fur mentem colligere, in actiones suas inquirere, easque ratiocinando cum lege conferre vix potuit, haud intercessit, magis *continuato* furore, quam *renovata* deliberatione, de novo peccasse censendus, nec is pro obstinato, et inemendabili habendus, cui spatium, ad emendationem aptum, defuit,uti cum Blumlachero recte sentit Salig. *cit. dissert.* §. VIII. *Conf. Vol.* V. *Cons. Tubingens.* CXCIV. *N.* VII. XIX. quidquid in contrarium ea ratione, quod singularis furis malitia tractum temporis satis compenset, scripserit Kress. *ad Art.*CLXII.*C.C.C.*Omnium minime furta *praescripta* computarem, exemplo Bergeri *El. crim. p.* 40. quandoquidem spatium XX. annorum, quo priora excluduntur, argumentum omni exceptione majus constituit, reum ad *sanam* mentem rediisse, et non tam ex habitu quam *levitate* animi post tantum temporis decursum denuo tertia vice peccasse, Froelich. *c. l.* plane furtorum *impropriorum*, veluti *possessionis* in hac computatione nulla ratio habenda, quia jure Germanico in censu criminum non sunt. Froelich. *c. l. in fin.*

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 83.

Etiam in furto tertio quantitatis legalis ratio habetur. Difficilior in hac specie poenae moderatio. Restitutionis an ratio habeatur?

Hanc sententiam humanior jurisprudentia et interpretatio per *aequitatem* suadet Grass. *c. l. p.* 677. Donauer *Cons.* XIII. *N.* LXXVI. Bluml. *ad Art.* CLXII. *C. C. C. N.* II. Kress. *ad Art.* CLX. §. II. *N.* III. Qui damni prorsus rationem non habent, quorum quidem sunt plurimi Froel. *c. l. N.* II. Clasen *ad Art.* CLXII. *C. C. C. pag.* 172. tum verba articuli generalia crepant, tum iterationem et *obstinatum* animum allegant, tum denique aequiparationem cum furto *qualificato* in art. cit. factam urgent, in neutro vero momento sententiae suae sufficiens praesidium inveniunt. Ad verba enim, seposita analogia juris, in applicanda Carolina provocare velle, incivile mihi videtur, quum ejus arti-

culi plerumque sint breviores, rarissime satis determinati, et sic per *interpretationem* in ordinem redigendi. Ita vero, ut antea dixi, etiam huic articulo subveniendum esse, ab *absurdo* colligo, quod, posito verborum cortice, is quoque capitis supplicium alioquin subire deberet, qui aliquot *obulos* iterata vice abstulit, in quam sententiam neminem descensurum esse, confido. Stat legibus sua auctoritas, si de mente legislatoris evidenter constat, quorsum restringenda, quae in contrarium urget Blumlacherus *c. l.* Hic vero talis evidentia non adest, sed sola quaestio *voluntatis* occurrit, et de justa legis *interpretatione* lis est, quam ex *probabilibus* rationibus et principiis generalioribus componere decet. Tum habitus, quem iterata contrectatio arguit, quamvis insigne momentum asperioris vindictae contineat, tanti tamen non aestimandus, ut omnem *damni* dati respectum penitus excludat. *Comparatio* porro cum furto *qualificato* ad malitiam utrique furto communem restringenda videtur, alioquin vix concludit, quum qualificato longe major insit turpitudo, quam qualem protervia per frequentiam actuum firmata probat. Qua de causa aequiparationem istam non aliter, quam *secundum quid* capiendam recte docet Kress. *ad h. a.* Quocunque ergo te vertas, nihil aliud ex praesenti articulo inferre licebit, quam quod furtum tertium non *absolute* ad regulas furti simplicis exigendum, sed quia *gradu* improbitatis, posterius multis modis superat, paulo *severius* coercendum sit. Quam severitatem in eo quaerendam existimo, ut *difficilior* sit judex in *remissione* capitalis poenae, et magis improbitatis, minus damni dati rationem habeat, quia illa *primariam*, hoc *secundariam* rationem constituit. Paucis: eae causae poenam mitigantes hic exulant, quas in antecessum in *laesionis* defectu, quaesivi, Leys. *Sp.* DXXXV. *Med.* XVI. Froelich. *p.* 331. quorsum *restitutionem* rei furtivae refero, nisi haec ultro a fure facta, quia tum improbitati multum detrahit, et aliqualem animi emendati probationem infert, quo sensu demum admitto sententiam Gilhausenii *Arbor. jud. Crim. C.* II. *Tit.* XXVII. *N.* XLV. ex restitutione etiam hic poenam moderanti.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM LXXVIII. N. 102.

Furti secundi poena jure veteri et recentiori. Num etiam capitalis?

Furtum *parvum* dicitur id, quod non exaequat quantitatem, qua magnum absolvitur. Ad hoc vero non sufficit, quinque Solidos esse ablatos, sed *excessus* omnino requiritur, ut Auctor *N.* CVII. ex jure Saxonico probat, et ex ipsa Carolina satis superque evinci potest. Si enim Carolus V. in quinque Solidorum quantitate substitisset, verba *oder darüber* prorsus frustra adjecisset. Quod, quum vix praesumendum, ex regulis interpretandi illa ita merito capienda, ut effectum habeant, quod fieri aliter nequit quam si de excessu evidenter constet. Accedit poenae capitalis *durities*, quae benigniorem interpretationem utique prae-

fert, ubi causa aliqua subest. Ita vero pro *parvo* habendum quod non tantum infra quinque est Solidos, verum etiam quod eos praecise exaequat. Cujus poenam legislator secundum *art.* CLVII. mere arbitrariam esse jussit, intendendam tamen, et temperandam, prouti damnum datum parum, vel multum abest a quantitate lege definita, adeo ut alicubi circumstantia furis *deprehensi*, vel non arbitrium judicis imprimis dirigat Froel. *c. l. Tit.* I. *N.* XII. Ea in re mitiores sunt leges recentiores vetustioribus, quibus indistincte *corporis afflictiva* placuit. Nam in *jur. Alem. C.* XIV. dicitur *geschiehet aber eine Diebheit, die minder ist denn* 5. *Schilling, die gehoret zu Haupt und Haar.* Geminam poenam sanxit. *Statut. Goslar. Lib.* II. *Tit. vom Vrede Brack* §. LV. *apud* Leibnizium *Tit.* II. *p.* 500. Nam postquam ob quinque Schillingios poena suspendii praescripta, mox additur: *is das myn, so schall men ohme to der tanne bernen, unde to der Stupen schlaen.* Similiter jure vetusto *Hamburgico* fur ob octo Solidos ablatos suspenditur, ob parvum vero additur *soll man en to der stupe schlaen* apud de Westphalen *T.* IV. *pag.* 3017. Neque aliter jus *Bremense* apud Eumdem *p.* 1979. ubi ob furtum infra duas marcas ita disponitur *schall man ohn mit enen gliendem Schlortel in die Backen bernen un to der Stupe schlaen.* Hodie poena corporis afflictiva rarior et plerumque *carcere* vel *relegatione* expiatur facinus, nisi quoad sortis *vilioris* homines, ubi spes emendationis lubrica est. Eadem principia obtinent circa *reiteratum* quidem, ast parvum furtum. Agnovit illa Carolus *art.* CLXI. nisi quod 1) *certas* poenarum species hic definiverit 2) in genere *severiorem* coercitionem commendaverit, quam quae furto parvo primo imminet, verbis: *so beschweret etc.* Posterior declaratio sua ratione constat, quum iteratio satis malitiae gradum, qui ubique aggravat poenam arbitrariam, arguat. Circa priorem vero, et quando de ipsa poena quaeritur, multum arbitrio *judicis* relinquendum, qualem pro conditione ac indole *subjecti* sufficere credit. Poena *confinationis* enim cujus mentionem facit *cit. art.* hodie non adeo frequentatur, teste Ludovici *ibidem* inprimis in utraque Saxonia, quamvis usum ejusdem in ducatu *Würtenbergico* defendat Grass. *c. l. pag.* 780. Praeterea de praxi *dupli, et quadrupli*, quod ex jure romano, quisquis fuerit Carolinae architectus, repetiit, non sine ratione dubito, ob ea, quae late in scenam produxit Thomas. *de non usu action. poen. in for. Germ.* Neque mihi aliud persuadebunt Berger *de usu action. poen.* et acerrimus ejus defensor Grass. *c. l.* Nam poena ex principiis juris Germanici sunt *fructus jurisdictionis*, et sic facies reipublicae nostrae non fert, ut eas actori adjudicemus in praejudicium judicis, cui jus perfecte quaesitum est, ad poenas pecuniarias fiscales, si quae delictis imponendae, sibi asserendas. Major ratio dubitandi occurrit circa poenam *capitalem*, ob furtum secunda vice reiteratum, cum imperator circa illam nil nominatim definiverit. Interim, etsi non facile eam locum habere, et regulariter in arbitraria poena subsistendum esse, inde concludere liceat, non absolute tamen refraga-

hor, si improbitatis insignia adsunt monumenta, et utrumque factum conjunctim quantitatem legalem longe excedit, ut rationibus et auctoritatibus satis probarunt Bluml. Kress. *ad art.* CLXI. Bullaeus *ad art.* CLX. *C. C. C.* Nam poenas *arbitrarias* ob singulares circumstantias *ad mortem* extendi posse, rationi et analogiae legum criminalium admodum respondet.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXIX. N. 15.

Seditiosa effractio non requiritur. Effractio aedificii vacui. Conspiratio plurium. Qualitas armorum. Quid de Baculo? Quid si fur non cum armis intraverit, sed ibi inventa occupaverit? Verum corpus delicti in furto qualificato.

Quod furtum simplici opponitur, Remo et Stephano audit *violentum*. Auctori nostro *seditiosum*. Neutra appellatio mihi placet. Prior ad *unicam* speciem pertinet, quum tamen plures hic occurrant. Posterior cum verbis et ratione *art.* CLIX. pugnat. Utraque ergo est salebrosa, et sedulo vitanda, ne cum interpretibus incidamus in perplexas sententias, unde extricatio difficilior. Aptior est appellatio furti *qualificati*, vel *periculosi*, quae conceptum hujus oppositi plenissime exhaurit, dubiis in variis casibus singularibus obviam it, et verbis *articuli*, qui agit *von einen geflissenen gefährlichen Diebstahl* quam maxime respondet. Sed missa denominatione, de *indole* ejus videamus, in qua eruenda non omnes convenire video. Qui cum Auctore violentiam *seditiosam* huc referunt, vim verbis faciunt, nec ulla solida ratione nituntur ut fatentur JCti Tubingens. *Vol.* V. *Cons. C.* VII. *N.* CLXVII. praeterquam, quod ex cerebrina *aequitate* sententiam Auctoris commendent. Enim vero, verbum *Vergewaltigung* huic explicationi non suffragatur, sed de *oppressione*, *concussione*, vel in genere de *periculo* accipiendum. Nec ulla adest conjectura, ex qua colligendum imperatorem ad *coadunationem* hominum speciem hanc restrinxisse. Imo ratio a *periculo* desumta latior est, quam ut furtum sola vi seditiosa constringi possit. Quid enim si in loco *solitario*, ubi unus, aut alter tantum delitescit furtum cum effractione commissum? Quid si absque sociis ab uno homine illud susceptum? Neutro casu si Auctorem sequimur, furtum periculosum comminiscendum, quia ratio metusque seditionis utrobique cessat. Sin ex mente Imperatoris judicamus, utrobique vis *atrox*, factum *hostile* periculum *vitae*, pacisque *publicae* fractio occurrit. quae sola sufficiant ad eligendum sine offensa aequitatis ultimum supplicium. Ipse Auctor sibi non conscius, tametsi in antecedentibus seditiosam vim fortiter propugnaverat, ad furtum qualificatum *N.* XXXIII. XXXVIII. etiam solam *cistae* bene ac fortiter munitae, effractionem sufficere, autumat, non attendens quod ea rationem tumultus non habeat, nec hominum coadunatione suscipiatur, cujusmodi in constantiam dudum ta-

xerunt Wittebergenses apud Bergerum *El. crim. p.* 64. Ut taceam, vim vel *effractionem* ad essentiam hujus facti non pertinere, sed *ascensionem* vel *armorum metum* sufficere, ut verba legis docent, adeoque pro mera auctoritate hic pronunciare Auctorem nostrum, qui sine *actuali* vi poenam capitalem imponendam esse negat. Paulo aliter rationes subducunt Tabor *ad art.* CLIX. §.XXI. Clasen *ibid p.* 601. et quamcunque vim poenam capitalem fundare autumant, usque adeo, ut per ruptionem *parietis* ex *limo* confecti, vel applicationem clavis laconicae sufficere, contendant. Eamdem sententiam, inspecta *juris* veritate, probat Grass. *c. l. p.*654. sed ex ratione *aequitatis*, et usus *forensis*, laquei poenam non aliter admittit, nisi effractio fuerit *seditiosa*, vel adhibitis talibus armis facta, ut ex illa seditio metuenda. Verum ne haec quidem sententia simpliciter admittenda, quum non omnis violentia sit absolute *periculosa*, legis verba autem ita accipi debeant, ut respondeant *einen gefährlichen Diebstahl oder einer Vergewaltigung*. Mallem itaque in sola *periculo vitae* facto quodam demonstrato pedem figere, quo posito furtum qualificatum in tres species abit, et committitur I) *effractione* rerum non quavis, sed ea quae non potest non *periculi* metum injicere II) *ascensione*, etiam absque vi suscepta, denique III) *solis armis lethiferis* sine actuali effractione, violentia, vel ascensione. Eamque divisionem probat particula *oder*, *art.* CLVII. et CLVIII. *C. C. C.* toties repetita, suaque natura *alternativa*, ut recte docet Kress. *ad art.* CLIX. §. I. *N.* IV. Etsi enim illa saepius in Carolina *copulative* accipiatur, id tamen non aliter fit, quam si contextus nexusque articulorum id suadet. In hoc articulo omnia plana, ratio ejusdem cum propria verborum significatu coincidit, nec absurdum sequitur, si verbis stricte inhaeremus, consequenter nihil est, quod nos cogat, ad *improprium* significatum recurrendi, et *unam* speciem furti qualificati comminiscendi, ubi ejus tres distinctae prostant, ceu ex professo docuit Bodinus *de furto periculoso*. Et circa primam quidem speciem quaesitum esse memini, an etiam *vacuarum* aedium effractio huc trahenda sit? Negarunt id JCtos Hallenses, si aedificium a civitate et consortio hominum longe remotum est, ut in *vinetis* contingere solet, ubi ob defectum inhabitantium imminentis *periculi* metus prorsus inanis est. Aliud si circum circa homines delitescunt, quibus occurrentibus, vis fieri, et sic periculum in promtu esse potest, de qua specie capio Lynckerum *dec.* CCLX. poenam capitalem in tali casu probantem. Nam qualitas hujus furti non tam in vi aedificiis illata, quam in periculoso impetu, quaerenda, quo cessante, quantacunque demum vis adhibita, factum tam infaustum non est, ut ea propter ad capitis supplicium prosilire opus sit Grass. *p.* 659. Par ratio est, si merae *petulantiae* causa effractio suscepta, et aliquid ablatum, quod etiam absque vi auferri potuisset, ubi in arbitraria poena acquiescit Kress. §. I. §. V. *N.* II. Alias, *vehemens* effractio in se periculi sit plena, de ea constare sufficit, si vel maxime a reo *immediate* non perfecta, dummodo *socius* fuerit, et con-

spiraverit cum effractoribus. Nam in homicidio id dubio procul juris, ut qui *compacto* praecedente praesto sunt, facinus, etiam ab uno perfectum, omnes capite luant *art.* CXLVIII. *C. C. C.* Quidni ergo idem in furto, *conspirantibus* pluribus, ita perfecto, dicendum? Conspirationem accipio non tantum *de verbali* expressa, verum etiam de *tacita*, per ipsas operas proxeneticas declarata. Nam solum silentium ad condemnationem non sufficit 144. *de R. J. in* 6. multo minus conspirationem infert, nisi eidem *factum illicitum* accesserit ut ecce: si quis non requisitus sponte sodalibus de vi inferenda deliberantibus adsistit, vel excubias agit, notante Leysero *c. l. M.* XIV. Hactenus de effractione. De *ascensione* mox plura dicam. Super est adhuc ultima species ad furem *armatum*, vim vere quidem non inferentem, sed oppressionem verosimiliter *minantem*, pertinens. In hac omne fundamentum poenae capitalis a qualitate *armorum* dependet, quae si lethifera, et ad necandum vel graviter vulnerandum apta, de metu periculi minus dubium est. Sin tantum per *accidens* fatale vulnus infligere solent ad *periculosum* quod hic supponitur, furtum haud sufficiunt. Quid ergo de *baculo* dicemus? Eum omnino pro lethifero habet Leyser *c. l. Med.* XVII. quod admitto, si ejus ponderis, et efficaciae fuerit, ut integritati membrorum dira praeparare possit, et soleat. Alioquin quod ex bacillo imminet periculum, non majus est, quam quod manus explicata, cuicunque furi simplici propria, prae se fert. Circa gladium, vel cultrum minus dubium superest, quoties animo furandi reus ea adportavit. Neque aliud dicerem, ubi fur in loco furti facti eadem demum arripuit, iisque ibidem sese cinxit, maxime si id statim ab initio, antequam ad contrectationem accederet, factum quia tunc de animo quoscunque occurrentes aggrediendi satis constat, Kress. *ad art.* CLIX. *C. C. C.* §. II. III. quidquid dicat Leyser. *c. l. Med.* XIII. Multo magis id obtinebit, si deprehensus arrepto mox in loco furti instrumento, vim vel intulit, vel ictu fallente inferre tentavit: uterque enim est fur periculosus, quod unice supponit articulus pro laquei poena imponenda. Nec obstat, quod alter magis *defendendi* sui armis abusus sit. Nam defensionem nullus favor comitatur, ubi quis in re *illicita* versatur, nec defensio proprie praedicari potest de eo, qui totus in eo fuit, ut alterum defraudando *offenderet*. Neque turbare nos debent verba *Mit Waffen zu stehlen eingehet*, quibus tantum *extantior* et frequentior species indigitatur, non autem ea excluditur, cui *aequale* periculum cohaeret maxime quum nihil referat, utrum quis animum resistendi ab initio, an ex post facto testatus fuerit. Majoribus involutum dubiis, utrum gestatio *armorum* per se et ubique, ad furtum *qualificatum* sufficiat? Nam constat, plures pro more, vel ex decoro seculi gladio incedere, quibus, dum furantur, nil minus, quam oppressio in mente haeret. Quid? quod homines agrestes, ac rustici vix sine cultro reperiantur. Unde si generatim fur, penes quem tempore furti ejusmodi arma fuerunt pro qualificato habendus, verendum omnino, ut omnibus

vel plerisque saltim haec qualitas propria futura, contra usus furti simplicis periturus sit, quod, ut statuamus, menti Imperatoris non convenit, qui periculum tantum tanquam summum improbitatis gradum in furto faciendo depinxit; furto simplici in suo loco relicto, suisque propriis legibus coustricto. Proposui hanc quaestionem in *El. jur. crim. S.* II. §. CLX. in not. et verba articuli de eo accipienda duxi, qui eum in finem se *armavit*, et instrumenta lethifera gestavit, ut occurrentibus vim faceret; contra eum, qui ab ea cogitatione alienus, sola res clam intervertendi intentione aedes ingressus est, ad regulas furti *simplices* relegavi, quatenus, quod utique supponendum, nullam iisdem reapse vim fecit, sed tantum de gestatione armorum tempore furti convictus est. Ita enim capio verbum: *damit* quod non se refert ad arma, et prout nonnulli faciunt, *quibuscum*, vertunt, sed ad causam *finalem* referendum. Quo facto sensus est: qui armis lethiferis aedes ingrediuntur hoc fine, ut *furentur*, et eventualiter occurrentibus armis sese opponant furti qualificati rei sunt. *Corpus delicti* ergo in furto qualificato non tam in usu armorum, quum proposito laedendi cum iis conjuncto absolvitur. De quo cum liquido constare debeat, antequam ad poenam capitalem confugiat judex, argumentis fidem juridicam facientibus opus est, qualia sunt, si reus arma *inconsueta*, veluti sicam, sclopetum, cultrum quo lanii in jugulandis pecoribus utuntur, vel in se consueta quidem v. c. gladium, quibus ipse alias incedere non consuevit, penes se habuit. Nam tum gestatio *insolita* armorum eum satis convincit de animo vulnerandi hostili, ut alio eruendi veritatem medio opus non sit. Secus dicendum, si miles vel alius *pro more* gladio quot diano instructus, vel vilioris conditionis homo *cultro* plicabili in pera asservato, furtum dum perpetraverit, quem fidiculis assertionem suam quod nihil hostile cogitaverit, sed sola intervertendi cupidine ad aedes alienas accesserit, confirmare oportet, quo facto a poena capitali immunis est Hommel. *de rat. conf. torm. ex tort.* § IV. *in not.* Ita vero apparet, ad furtum qualificatum non *actualem* ab armato vindiciam desiderari, sed solum *metum* remotiorem sufficere, quem usus armorum cum pessimo proposito conjunctus comprobat, tametsi in Saxonia aliter sentiant Wernherus. *P.* III. *Obs.* CLXI.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXIX. N. 35.

Perruptio aedium e limo confectarum ad qualificatum furtum pertinent.

Quae Auctor de perruptis aedibus rusticorum e limo confectis profert, totidem verbis repetit Froelich. *P.* II. *p.* 317. et Bluml. *N.* III. Contra causam agricolarum defendit, et perinde perrumpendo qualificatum furtum committi, docet Tab. *ad art.* CLIX. *C. C. C.* §. XXII. cui calculum addit Kress. *ad art.* CLIX. *C. C. C.* §. V. Neque aliter definiendum, si mentem legislatoris sequi volumus. Quae enim ratio diversi-

tatis inter aedes *civium* et casas *rusticorum?* et an non aeque securitate publica digni sint, quorum res adhuc magis injuriis hostilibus sunt expositae, quam quibus muri aliaque monimenta fortius praesidium subministrant? Taceo vocem *bricht*, qua utitur legislator, parietibus lapideis non praecise cohaerere, sed *latissimum* ambitum habere, et in vita communi perruptioni parietis e limo confecti aptari, quemadmodum sub ea quoque *effossionem*, et *lapidum* angularium summotionem recte comprehendit, et de eo, qui hoc modo sibi viam ad aperiendum ostium parat *dass er in das Hauss gebrochen*, recte praedicari posse, statuit Grass. *p.* 656. Et quid tandem dicemus, si paries e limo confectus media *in civitate* perfodiatur? Non enim *rusticis* ejus generis architectura propria, ut ad eos exemplo Auctoris quaestio de perruptione tantum pertineat. Aut enim Auctor rationem decidendi in qualitate parietis, aut in loci personarumque conditione quaerit, si prius, male quaestionem *ad rusticos* retulit, quam sine hoc respectu proponere debuisset, sin posterius, per injuriam securitatem omnibus incolis communem rusticis detrahit, nec ulla rationis specie juvatur. Quidquid sit, ego quaestionem de aedibus e limo confectis a fure perruptis, ubicunque demum repertae, nec temere affirmandam, nec protinus negandam, sed decisionem ex *qualitate* violentiae adhibitae, terminandam puto. Si enim haec tanta fuerit, talibusque instrumentis tentata, ut pro vehemente ac majore, ex qua sua natura periculum metuendum, haberi possit, circa poenam capitalem non ambigendum, quemadmodum ea, quae de effossione antea proposui, sub eodem temperamento modo in vim capitalem resolvuntur, modo in leviori vi subsistunt, observante Grassio *c. l.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXIX. N. 39.

Levior effractio huc non pertinet. Consummato furto simplici effractio superveniens num attendatur? Usus pulveris pyrei.

Optima et rationi articuli *ein gefährlicher Diebstahl* conformis est distinctio, quam circa rupturam cistae proponit Auctor, licet non respondeat conceptui seditionis, quem Idem alioquin furto qualificato proprium facit, et quocum ista apertura nil commune habet, ut vel hinc inconstantiam ejus delibare liceat. Unde hujus loci non est effractio cistae manibus, vel instrumentis non adeo periculosis facta, a qua etiam fures timidi non abstinere solent, nec periculum per se metuendum. Idem dicendum, si cistam, etiam bene munitam, postquam abstulit, sed domi aut alio loco securo ingenti vi effregerit reus, tum quod in hac specie omne omnino periculum a violentia alienum sit, tum quod vis post furtum plene *consummatum* accedat, non vero, quod articulus supponit, *mediante* ea contrectatio suscepta sit Kress *c. l.* §. I. *N.* III. Pro effractione violenta, et ad poenam capitalem qualificata etiam habet Stryck. *V. M. Tit. de furt.* §. II.

ruptionem serae *pulvere nitrato* peractam, quod admitto, si reus pulvere in ea quantitate, ex qua facile incendium exoriri potest, utitur, alioquin enim, si aliis armis destituitur, vis quidem, imo atrocior erit, sed destituta omni *periculo*, quae per se poenam capitalem non satis probat Grass. *c. l. p.* 657.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXIX. N. 42.

Apertura clave laconica suscepta ad furtum simplex releganda.

In aliam sententiam ivit Tab. *c. l.* cum Bergero *El. crim. p.* 35. quasi ejusmodi apertura vim quamdam habeat conjunctam. Ego vero vim nullam subesse video, multo minus vitae membrorumque periculum, tum quod clavis *laconica* nihil aliud sit quam clavis *communis ein Haupt-Schlussel*, tum quod ejusmodi apertura cum nulla laesione conjuncta sit, sine qua effractio concipi nequit Zigl. *Them select.* XX. §. X. Callidum et astu circumspectum hujusmodi furtum esse, nemo negabit. Blumbl. *ad art.* CLX. *C. C. C. N.* III. ast solus astus ad poenam capitalem non sufficit, monente ipso imperatore, qui duo praedicata *ein gefliessener*, *gefahrlicher Diebstahl* conjungit *Vol.*IV.*Cons. Tubing.* CCXI. *N.* XI. Hoc tamen facile largior, ob improbitatem cum hac specie concurrentem, a qua sibi nemo cavere potest, facilius judicem ad poenam corporis afflictivam recurrere posse Lynck. *Res.* DCXCIII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXIX. N. 55.

Quae ascensio ad periculosum furtum requiratur?

Sola *ascensione* furtum qualificatum committi, tametsi nulla effractio accesserit, et *verba* Carolinae evincunt, et *ratio* textui inserta comprobat, quod ipse Auctor diffiteri nequit. Ast qualis hic subaudienda, ex ratione *decidendi ein gefahrlicher Diebstal* addiscendum, quae modum interpretandi legem subministrat. Ut itaque periculosa audiat, *audacter* et cum singulari *temeritate* eam susceptam esse oportet. Sic demum homo desperatus subesse videtur, a quo nihil non expectandum. Quam ob rem ingredi aedes, aut per *inferiorem* fenestram conscendere, non sufficit, nisi admotio *scalarum* superioribus aedium partibus applicata fuerit. Haec quippe furem in angustias redigit, et ob refugium difficile in desperationem conjicit, quae sua natura occurrentibus *periculosa* esse solent. Non idem dicendum si quis per *impluvium* in tectum propinquum descenderit, et ibidem quid loco moverit. Recessus enim inde facillimus, et in superioribus aedium partibus raro adsunt, qui occurrere et violentiae se exponere solent. Quam ob rem talia tentantem pro periculoso fure habere subdubitavit ordo noster, sola relegatione perpetua ad expiandum facinus substituta. Caeterum, cur in quaestione, ad

quam furti speciem effractio cistae pertineat, particula *stegiet* offendiculo fuerit CLASENIO *ad art.* CLVII. *C. C. C.* §. I. non perspicio. Ea enim aeque, ac vox *bricht* ad proprium, cui respondet; objectum referenda, nec ea propter ruptio violenta cistae e classe furtorum violentorum eximenda, cui, etsi ascensio non convenit, respondet tamen *effractio*, quarum quaelibet ad qualificatum furtum sufficit.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXXIX. N. 60.

Effractio sine ablatione ad poenam capitalem non sufficit.

Haec species in mero *conatu* proximo subsistit, et ideo a poena capitali est prorsus aliena. Certe effractio *sola* furtum haud constituit, nisi formale ejus nimirum *ablatio* simul accedat. Nec aliam interpretationem admittit verbum *der Dieb*, et aliquoties iterata appellatio, *der Diebstahl*, quae verba cum *effectu* capienda. Ut taceam, solam mentionem, *der Diebstahl sey gross oder klein*, satis arguere contrectationis necessitatem, sine qua, circumstantia a *quantitate* desumta inanis foret, ut recte observat HEESS. *c. l.* §. III. Unde non carpendum verbum *bricht*, sed conjungendum cum voce *Dieb*, quo facto omnia plana. Quis enim eum vocaret *einnen Dieb*, qui vim quidem aedibus fecit, nihil tamen prorsus abstulit? BLUML. *in f.*

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LXXIX. N. 64.

Vis levior arbitrarie coercetur. Conditio personarum temperat poenam.

Illud adhuc per modum Corolarii meminisse juvabit, imperatorem in furto qualifioato poenam *capitalem*, et quidem suspendii *masculis*, suffocationis in aqua *foeminis* propriam fecisse, *damni* dati, vel *laesionis* nulla ratione habita, idque rationi legis satis convenienter, cum ab hac *periculum*, cui superstructa poena *capitalis*, prorsus non dependeat. Unde in casibus occurrentibus semper ex qualitate periculi, tanquam ex Tripode jus reddendum et sedulo ab iis regulis abstinendum, ad quas furti *simplicis* coercitio exigenda. Nihilosecius tamen, quum ipsum periculum *gradibus* constet, analogiae juris convenienter ob *infimum* gradum poenae *arbitrariae* locus esse potest. Saltim non omne moderamen hic excludi, verba *nach Gelegenheit der Person und Ermessung des Richteres* evincunt, quorum *priora* non de sola *conditione* externa et personae *dignitate*, sed imprimis de bona *indole* rei callida aliorum seductione corrupta, speque emendationis; *posteriora* de aliis causis, quae ab *aetate*, seria *poenitentia*, laesi *intercessione*, *sanguinis* nexu, similibusque circumstantiis mutuatae, capio. Et licet imperator ipsas poenas extraordinarias satis deter-

minet, ac ad *oculorum* effossionem, *manusque* truncationem provocet, imo Clasenus verba: *andere schwere Leibes Straffe de aurium nariumque abscissione* interpretetur, usus forensis tamen neutrum probat, priorem imprimis ob nimiam truculentiam cohorret, ac in sola *fustigatione* aut condemnatione ad opus *publicum* subsistit, testibus Zieritzio ac Tabore §. XXVII. Grasso *c. l. p.* 645.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 7.

Damnum non ex divitiis laesi, sed ex determanitata quantitate in universum mensuram accipit.

Confundit Auctor *conceptum* furti cum *fundamento* poenae capitalis furto impositae. Ille utique *lucrum* vel saltim ejus *intentionem* a parte rei praerequirit, ut vulgaris definitio furti docet, non item hoc, si verba ac mentem Carolinae sequimur. Secundum hanc enim solius *damni* concurrentis et cessantis, in imponenda et remittenda poena ordinaria ratio habetur, eoque ipso satis arguitur, fundamentum poenae capitalis utique in simplici *damno*, laeso per furtum dato, quaerendum esse. *Lucri* percepti mentio in Carolina non injicitur, nec ratio juris, ex qua, damno dato per lucrum furis nil accedit aut decedit, aliam interpretationem patitur, neque ipse Auctor, sibi non conscius, aliter *N.* LVIII. ratiocinatur. Unde nihil est, quod conjunctioni lucri cum damno ab Auctore hic memorata suffragari posset, quin potius in sola damni absentia, ubi de remittenda poena quaeritur, subsistendum. Longe alia est sententia eorum, qui *divitias* laesi et bonorum affluentiam in imponenda poena capitali spectant, furtum, si pauperi illatum, tametsi levius fuerit morte coercent, contra a divite perpessum non aliter rigori subjiciunt, quam si spectata ejus patrimonii quantitate, *notabilis* deminutio fuerit, consequenter damnum non simpliciter ex quantitate V. ducatorum judicant, sed ex ratione *divitiarum* ejus, cui quid surreptum, aestimandum esse perhibent, quibus faciem praeferunt Berlich. *P.* V. *Concl.* XLIII. Menoc. *d. A. J. Q. Lib.* II. *Cas.* CCXCV. *N.* V. Bluml. *ad art.* CLX. *C. C. C. N.* I. moti verbo *dem Beschadigten*, quasi ad personam laesam, ejusque conditionem in applicanda capitali poena judices remiserit legislator. Sed vix est, ut id obtineat. Ut enim taceam, in tanta patrimoniorum discrepantia omnia ad *arbitrariam* juris prudentiam, et *incertissimas* decisiones reditura esse, ita, ut plerumque in decisione casuum singularium exitum quaerere difficillimum foret, sola *indefinita* ac *generalis* V Ducatorum facta determinatio satis arguit, hanc sententiam nec admitti posse nec menti legislatoris ullo modo convenire, adeoque nec verbum *beschadigten* ad *conditionem* laesi, sed simpliciter ad *laesum*, qualiscunque ille fuerit referri debere. Froel. *ad C. C. C.* L. IV. *Tit.* I. *N.* VI. Multo minus *lucrum cessans* in computum venire potest, ut ex silentio legis et stricta ejus interpretatione recte concludit Wernh. *P.* IX. *obs.* LXXI.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 13.

Magistratui jus nullum in res furtivas. Jus vetus Germaniae.

Jam ante secula magistratus sibi vindicasse res furtivas, patet ex Trithemio *Chron.* Sponh. ad *annum* MCCXC. De Lotharingia idem testatur Mind. *de mand. jud. Lib.* II. *C.* XLIII. *N.* XIX. De Holsatia Gail. *L.* I. *Obs.* XVIII. de Helvetia Myler *de princ. et stat. imp. P.* XI. *c.* XXXIX. §. VI. Paulo humaniores sunt leges Brunswicenses et Goslarienses, quae *tertiam* partem judici assignant. Leibnitz *rer. Brunsw. T.* III. *p.* 437. et 484. Statuta Stadensia vero domino repetenti plene succurrunt apud Puffend. *obs. forens. T.* I. in *append. p.* 225. quibuscum convenit transactio *Hildeboldi* Archiepiscopi Bremensis cum civitate MCCLIX. inita apud Eumdem *de jurisdict. Germ. P.* II. *S.* III. *Lib.* I. §. CLXVIII. et jus Lubecense *Lib.* IV. *T.* II. *N.* I. Neque aliud vult jus Saxonicum *Lib.* II. *art.* XXXI. et Suevicum *cap.* CCXI. nisi quod 1) post lapsum anni *praescriptionis* praetexu, judicem tueatur in retentione, quod repetitum legibus Saxoniae recentioribus *P.* IV. *C.* XXXIII. quatenus 2) *denunciatio publica* praecessit, de cujus praescriptionis justitia egit Thomas. *de Potest Princ. legisl. contra jus commune.* Quo *titulo* haec consuetudo invecta, dubium. Sunt, qui judices res furtivas, tanquam *scelere acquisitas*, vindicasse, aestimant Wildwogel *de cond. furt.* §. XVII. Sed haec inspectio in relatione ad *furem*, non ad *dominum* laesum rationem habet. Magis est, ut majores hujusmodi compendia ad *adespota* retulisse videantur. Quidquid sit, huic occupationi manifesta iniquitas resistit, qua motus, in hanc consuetudinem graviter invehit Bodin. *de republ. Lib.* I. *Cap.* X. et Damhoud. *Pr. crim. cap.* CX. *N.* LI. eamque penitus abrogavit Carolus V. *art.* CCXVIII. quod etiam in Dania, Schleswigo Holsatia factum, teste Stipmano *de jur. naut. P.* V. *C.* V. *N.* V. quamvis jus lubecense eam jure *retorsionis* suo modo probet *cit. loc.* Res itaque hodie domino simpliciter reddenda Lincker *dec.* CCCX. nequidem *impensis inquisitionis* cum ea compensatis, quas judex, qui fructus jurisdictionis capit, subire tenetur. Beyer *ad ff. Tit. de Cond. furt. Posit.* XXI. Froel. *L.* IV. *Tit.* I. *N.* V. Bluml. *ad art.* CLVII. Alia vero est ratio impensarum in ipsas res furtivas, earumque conservationem factarum *art.* CCVII. *C. C. C.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 20.

Restitutio damni etiam a tertio facta capitis poenam tollit.

Nimis se torquent interpretes, cum iisque Auctor noster, in resolvendis dubiis, ex jure *romano* desumptis, ubi jus Carolinum *contrarium* definivit. Est haec praeconcepta et in-

veterata opinio, a jure civili communi non recedendum, sed ejus consonantiam cum legibus Germaniae omnibus modis quaerendam esse, quo ipso fit ut saepius, sed sine causa dubii haereant interpretes vid. Beck *de restit. rei furt.* Quid enim ad nos jus romanum, ubi lex *patria* rem satis determinavit, et ad *nova* principia reduxit? Factam id circa poenam furti per constitutionem Carolinam, quae, postquam inculcat inquisitionem *wie schadlich dem Beschadigten der Diebstahl seyen mag* mox addit *und darnach an Leib und Leben urtheilen* adeoque ex hac lege unice de poena judicandum. Et quid absurdius, quam in quaestione de poena furti *capitali*, ad jus *romanum* recurrere, quod istum rigorem prorsus ignorat? Caeterum et hoc observasse juvabit, circa restitutionem parum referre, utrum ab ipso *fure*, an *tertio* misericordiae ratione inducto fiat, quum uno casu non magis, quam altero laeso satisfiat, et damnum reparetur, quae sola circumstantia secundum *cit. art.*ad benigniorem sententiam sufficit, quam in Saxonia speciale edictum regium de Anno MDCCXX. probavit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 32.

Quantum quilibet sociorum restituere debeat, ut poenam capitalem effugiat?

Unde vero Auctor nobis persuadebit tantum damnum a fure deprehenso illatum esse, quantum laesus ab eo recuperat? Contrectatio ablatae rei a *pluribus* facta in *solidum* suscipitur, et plerumque actu *individuo* constat, quem post demum divisio praedae subsequitur, adeoque prior ab uno socio non magis, quam altero fit. Et quid si divisio *inaequaliter* facta? num ideo portio recepta a *reo* tantum ablata? Ratio itaque Auctoris *N.* XXIX. vix concludit. Planiore uti, et in hac specie *exceptionem* a regula, quae revera hic subest, quaerere potuisset. Quia enim, furto eodem a pluribus sociis commisso, neuter, nisi *rata* ejus ad quantitatem legalem ascendat facinus capite luit, ut *Qu.* LXXVII. ostensum non potest non consequi, ut in casu restitutionis rerum furtivarum non tam *damni* dati, quam *lucri*, seu ratae a reo perceptae,*extraordinem* ratio habeatur.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 37.

Laeso rem ablatam vindicante vel vindicare negligente, rigor remittitur.

Pretii dispendium, quod emtor post vindicationem rei furtivae patitur, magis *occasione* furti, quam *ex furto* emergit. Ad posterius Carolus V. tantum provocat, non ad prius, eumque in finem verbum *den Beschadigten* unice ad eum,cui furtum factum, refert ceu contextus docet, aliter utique causam definiturus, si *qualecunque* damnum occasione furti, etiam *tertio* datum,

sufficere putasset ad capitis poenam imponendam. Hac ex ratione ne quidem *impensae* ad conquirendum furem factae, damni nomine veniunt interpretibus, teste BERG. *El. crim. p.* 41. maxime quum ipse imperator subsistat *in dem Werth des Diebstahls* quo damnum *intrinsecum* denotatur, non *extrinsecum*, cui impensas memoratas accenseo. Hoc posito, si laeso per vindicationem rei satisfactum, fur a poena capitali dimittendus, sive is *emtori* indemnitatem praestare possit, sive non, quidquid Auctor hic et *N. LI.* et cum eo FROELICH. *P.* II. *p.* 327. aggerat. nam intuitu illius ex *furto* intuitu hujus ex *lege aquilia* tenetur, quae posterior cum rigore poenae nil commercii habet. Quod, miror, acutissimum KRESSIUM *ad Art.* CLX. *C. C. C.* §. II. *N.* III. non observasse. Ex his lucem capiunt, quae contra BERGERUM ac LEYSERUM hanc in rem scripsi in *Elem. jur. crimin. S.* II. §. CLXXVIII. Par ratio, si, qui vindicare potuisset, ultro rem redemit, subit, quam alio modo integram recuperare poterat, is enim damnum sua culpa subit. HOMMEL *c. l.* §. II. Neque aliud dicerem, si rem vindicare detrectat, quum facultas penes eum esset. Sufficit enim utroque casu indemnitatem laeso esse *praesentem*, et ab *arbitrio* ejus pendentem.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 45.

Res pro pecunia intercepta comparata, licet restituatur, furem haud liberat. Quid si in solutum accepta?

Haec procul dubio vera, si rei comparatae tanta inest aestimatio, ut damnum datum compensare possit. Quid vero, si fur pro *majori* pretio intercepto, rem *leviorem* sive fraude venditoris, sive ex propria socordia comparaverit, an haec surrogatum damni V. solidos excedentis dici potest? Minime gentium. Indiget itaque haec ampliatio *specialiori* determinatione, sine qua a capitali poena temere non recedendum. Plane si laesus rem emtam in *solutum* accipit, revera, quod deest, reparationi; *remittit*, et sic civiliter perinde est, ac si ipsi *plene* satisfactum fuisset, licet minus acceperit.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 50.

Restitutio damni in qualificato furto nil operatur.

Neque haec ampliatio concludit, sed ex perverso furti qualificati conceptu fluit, quem supra sub examen vocavi. Reapse Auctor contra hanc remissionem disputat, eamque in

furto periculoso ex rationibus stringentibus rejicit *N.* LXII. Sed vitium in *applicatione* latet, dum omne quod sine *seditione* committitur furtum, ad regulas furti *simplicis* exigit, quo facto non potest non remissioni locum hic dare. Et licet sint, qui etiam in *qualificato* quocunque *restitutioni* effectum mollioris poenae attribuunt, si tamen ad lydium lapidem eorum tradita examinantur, palam est, eos vel *verbis* ludere, et retento nomine furti qualificati, illud in effectu ita circumscribere, ut ad *simplex* redeat, vel concursum ejusmodi circumstantiarum, quae per se furi, etiam qualificato prosunt, supponere vid. Bech. *c. l.* §. XXIV.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 73.

Restitutio invita, etiam quae post incarcerationem fit, idem praestat. Acceptatio laesi non desideratur.

Si *restitutio* damni effectum remittendi supplicii producit, non video, quid opus sit eidem *poenitentiam* adfuere et hic *ultroneam* restitutionem supponere. Etiam *invita* restitutio tantum praestat, quantum exigit *Art.* CLX. *C. C. C.* ergo novam qualitatem requirere, superfluum. Multum tribuo poenitentiae. nec tamen video, cur cum restitutione conjungi debeat. Ex Carolina certe isthaec conjunctio frustra probatur, sed sola constitutio Saxonica XXXII. eidem occasionem praebuit, in qua de restitutione ex *tempestiva* poenitentia agitur. Unde mira dubitatio inter JCtos Saxones, quaenam sit ex mente istius legis *tempestiva*? num, quae *ante articulos* inquisitionales, an quae ante *inquisitionem*, vel *incarcerationem* sequuta? cui succurri debuit variis rescriptis Regiis, ut patet ex iis, quae Wernh. *P.* IV. *obs.* CCXII. et CCXXV. Reinard *de fure poenitente* §. XXI. Krauss. *de poen. furt. in Saxon.* §. XXVII. Hommel *de mitiganda furti poen.* plena manu tradiderunt. His litibus extra Saxoniam supersedemus, furemque ad *extraordinariam* poenam condemnamus, tametsi paulo ante sententiam latam et sic *post* seram poenitentiam damnum pensare laeso paratus est, quia etiam tunc legi Carolinae satisfactum. Nequidem, an Dominus acceptet, oblatam restitutionem? quaerimus, quum damnum civiliter pro pensato habeatur, tametsi dominus repugnet, ceu recte observat Froelich *pag.* 329. Magis quaeri posset, an sola *poenitentia* ejus, cui restitutio est *impossibilis*, prosit? ubi non repugno, si verisimilia poenitentiae *serae* prostant argumenta. Nam licet, perfecto flagitio, ea vix misericordiam judicis provocat, tamen non modo *rigor* capitalis supplicii huic sententiae suffragatur, verum etiam ipsa legislatoris sanctio, secundum quam respiciendum *das Wesen der Person* quae locutio tam late patet, ut ad *vitae* conditionem *externam* restringi nequeat, sed commode de statu *animi* et emendata *voluntate* simul accipi possit. Ipse Kressius pro ejus effectu in furto qualificato

pugnat ad *art.* CLIX. *C. C. C.* §. V. *N.* II. Quidni idem admitteremus in simplici?

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 90.

Remissio a quo in rebus ecclesiasticis surreptis fiat? A quo moto concursu? Absentia vel furor laesi num vim remissionis habeat? Num compensatio?

Transactioni proxima est spontanea damni *remissio* a domino facta, quae imaginariam satisfactionem continet, et *civiliter* pro eadem merito habetur, quum damnum sentire nequeat, qui illo se abdicat. Si quid hanc impediret, nimia *liberalitas* foret, et cum ea conjuncta gravis suspicio, plerosque fures condignam vindictam ita effugituros esse. Sed vanus est iste metus. Neque enim adeo profusi esse hodie homines solent, ut *temere* juri suo renuncient, immo vix contingit, ut laesus condonet, nisi omnis spes rei recuperandae decollavit, quo tamen casu magis misericordiae, quam liberalitatis actus est. FROEL. *c. l. p.* 328. Fatentur id plerique, atque res dubio caret, si circa remittentis *Dominium* omnia plana ac perspicua. Non aeque expeditum est, cujus sit ad hunc effectum remissio, si res ex ecclesiae patrimonio ablata, num *Patroni*, *Parochianorum*, an *Consistorii?* Ego pro posteriori pronunciarem. Nam restricta est patroni circa patrimonium ecclesiae potestas, restrictior Parochianorum, contra plenior et augustior Consistorii, quod ex suprema in ecclesias potestate cum alienandi facultate conjuncta jus *dominio* proximum habet, ut juri, ecclesiae competenti, maxime ubi id in effectum deduci nequit, queat renunciare, et hoc modo reo prodesse. Major difficultas remissionem concomitatur, quoties post motum *concursum* quid ablatum, nec omnes, quorum interest, conveniunt, in decernenda remissione. Enim vero quominus *debitor*, renuentibus creditoribus, remittere dispendium queat, demta ei facultas de bonis suis disponendi prohibet: contra, ne *creditores* audiantur contra debitorem dissentientem, indoles *juris crediti*, quod solitarie iis, non dominium competit, suadet; utroque vero casu dura lex: *renitentiam* alterutrius, quae saepe *affectu* magis, quam *ratione* nititur, contrectanti exitio futuram, et impedituram effectum *benignae* alterius voluntatis. Fateor, quaestionem maxime esse perplexam, et ambiguam, ideo autem, quia *dubia* in favorem *furis* resolvendam, quum jura ad absolvendum proniora sint quam ad condemnandum adeoque aequitatem suadere, ut *alterutrius* remissio rationem sufficientem ad mitigandam poenam subministret, nec ullius horum contradictio eam impediat. Novum impedimentum, quod remissionem turbat, est *absentia* vel *furor*, domini, et tamen sunt, qui eo casu *arbitrario* supplicio locum faciunt, causati, sufficere quod non sit denegata. HOMMEL. *de mitig. poen. furt. ob restitut. rei ablat.* Videtur ea sententia praesumptione juris, pro remissione militante, niti, quia sine hac frustra provoca-

ri posset ad defectum probationis contrariae. Sed absit, ut ita rationes subducam. Nulla adest lex, quae pro remissione militat, sine qua praesumptio *juris* cessat. Vera praesentis sententiae ratio est, quod inspectio *wie schadlich der Diebstahl sein mag* certitudinem mentis in laeso praerequirat, et sine hac definiri nequeat, utrum laesus si praesens vel mente sanus foret, damnum remissurus fuisset, nec ne? Quum vero in ambiguis benignior sententia sequenda, ex *accidente* contingit,ut propter solum illud *dubium* rigor suspendendus sit. Alia ratio est *mortis*. Uti enim damni reparatio *heredibus* integra, ita remissionis admittendae vel denegandae facultas iis communicatur, et sic, nisi hi vere remiserint, in poena ordinaria subsistendum, mors laesi autem pro remissione non habenda. *Compensationi* similia tribuunt, nec adeo male, quandoquidem hujus non minor pro declinando damno per furtum dato est efficacia, si furi a laeso quid debetur. Hoc tamen sufficit, ex juris principiis, secundum quae compensatio *ipso jure* debitum tollit, adeoque non opus est, ut *conditionibus* inhaereamus, quas, ut remissio poenae inde sequatur corrasit Froelich. *c. l. pag.* 537.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 117.

Poena publica damnum laesi non pensat.

Distinctio ab Auctore hic proposita valde claudicat, justissime rejecta a Finckelthusio *Obs.* LIX. et Ludovico *de restit. rei furt.* Reatus enim, qui furto inest, cum damno per illud dato, uti in aliis similibus criminibus, tanta non est connexio, ut sublato hoc ille tollatur. Illi respondet ex doctrina Grotii poena, huic pensatio damni quarum quaelibet sua jura separata habet. Veritatem rei non modo probant principia recte rationis, verum etiam leges civiles, conjunctionem actionis *rei persecutoriae*, et *poenalis* admittentes, immo ipsum jus Canonicum, ceu late probavit B. Parens. *J. E. Tit. de rapt.* §. CXXXII. et Mencke *de reo ejusque hered. ex delict. Corp. afflict. poen. merent. ad ablat. obligat.* §. XIII. seq. Sola itaque superest paroemia ab Auctore *N.* CXIII. prolata, ex qua nescio, quod jus Germanicum correctorium nonnulli trahunt. In explicanda ea operam navarunt cum Hertio *paroem Lib.* III. *paroem.* VII. quam plurimi, nemo tamen meo judicio felicior Beyero verbum *bussen* non, ut vulgo, de satisfactione privata damni, sed poena *privata* accipiente, quam subiisse olim praeter *fredum* fures, docuit Heineccius *J. G. Lib.* II. §. XLVII. comprehendisse vero paroemiae architectum,

ipsa vocis nativa docet significatio, quae semper ad poenam refertur. Consentit Leys. *sp.* DCXXI. *Med.* XV.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM LXXX. N. 120.

Spuria hypotheca in bonis furis.

Hypotheca *tacita*, qualisquuque fuerit, *legis* dispositione nititur, quia jus *singulare* constituit, quod vix praesumendum. Ad hoc principium si exigitur quaestio de praesenti hypotheca, manifestum fit sanctionem legis decsse, et solo *argumento* legum eam sustineri. Cujus generis hypothecae, quum indoli juris singularis refragentur, sunt *spuriae*, et sic eodem jure praesens concidit. Latius de illis egit Harprecht *diss. de pign. tacit. dub. vel spur.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXI. N. 28.

Quantitas ablata quomodocunque dubia temperat capitale supplicium. Nuda furis confessio num ad corpus delicti sufficiat?

Corpus delicti vel pro *certitudine*, et *veritate furti* in se sumitur, vel pro eo, quod praeterea ad poenam *capitalem* necessarium est, complemento. Neque hoc, neque illo casu assertio *nuda* rei fidem habet, sed ut aliunde verisimilis fiat desideratur. De priori sine dubio cogitavit Auctor, dum locum, et personam *ubi, et cui* quid ablatum verificari debere, *N.* XIII. satagit, ne, si qualitas loci, vel depositio ejus, cui quid ablatum fertur, repugnet, ex ambigua confessione vita hominis in discrimen conjiciatur. Qua in re utique Auctori subscribendum, quia quaestio an? ad *inquisitionem*, ne dum ad rigorem poenae *capitalis* indubia esse debet, modo a scrupulosa indagatione nobis caveamus. Nam etiam hic in *morali* certitudine subsisto, si confessioni spoliatoris circumstantiae plene respondent, conditio rerum apud reum repertarum ei haud conveniat nec praesumptiones contrariae assertioni rei repugnent, tametsi nemo de furto conqueratur. Ita judicio de iis, quae late, sed nimis scrupulose in hanc rem disputant Bluml. *ad art.* CLXII. *C. C. C. N.* III. et Froel. *P.* II. *pag.* 313. Quid vero, si de *quantitate* legali, a qua in furto magno simpliciter pendet poena capitalis, dubium emergat? Num, inquam, corporis delicti defectus reo proderit pro declinando poenae rigore? Ita omnino judicant, quoties laesus jurare *nolit*, ut solemne est altioribus, existimationi suae tale juramentum obfuturum, credentibus. Neque video, quid salva analogia reponi possit, nisi quod nimia haec dominorum scrupulositas pariat morbum reipublicae, qui per indirectum furibus prodest. In summa excessus in his similibusque casibus vitandus est, qualis emergit, ubi judex *morali* certitudine non contentus, perfectiorem requirit, ut ecce: si ex cista, in qua multum pecuniae depositum,

defectus insignis emergat, reus majorem quantitatem se abstulisse fatetur, dominus vero non accurate definire potest, quid et quantum sibi ablatum, cujus modi speciem habet Leys. *Sp.* DXXXV. *Med.* XXI. et ordo noster non ita pridem sufficere putavit ad poenam capitalem imponendam. Aliud ergo dicendum, si de laesi scientia verisimiliter constat, nec tamen is persuaderi potest, ut summam *jurato* indicet, quo casu in nuda confessione corpus delicti haud quaerendum, quorsum species de furto *trituratorum*, et *apium* infra explicandas refero. Idem obtinet, si laesus ob *mortem* jurare non possit, nec tamen aliunde *moralis*, de quantitate ablata certitudo concurrit. Quid? quod corpus delicti ob aestimationis *incertitudinem* ambiguum reo patrocinetur, de qua specie supra *Qu. L.* XXVIII. *N.* LXVI. egi.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXI. N. 34.

Incertitudo non personae laesae sed quantitatis poenam temperat.

Dudum suspectae hae rationes visae Strykio *de saecul. C.* IV. *N.* XXVI. *Non enim,* inquit, *hujus ingenii sunt Bursieopi, ut res a se emtas pro furtivis venditent nec adeo pecuniis inimicum est hoc seculum, ut marsupia aere repleta pro derelictis soleat haberi ut ita merito invertenda sit collectio, ut rarissime et nunquam fere corpus delicti possit esse incertum, ut per consequentiam merito suspendii poena veniant afficiendi.* Quae sententia certissima, si summa interversa legi Carolinae respondet. Majus forsan dubium *quantitatis* incertitudo suggerit. Fac enim contrectationem aeque ac personam, cui quid interversum certam esse, sed non constare, *quantum* revera ablatum, nec illam fide jurata certam quantitatem confirmare posse. Tum certe a rationibus antea allatis vix recedendum.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXXI. N. 49.

Trituratorum frumentum asportantium poena.

Utitur iisdem argumentis Strecker *de furibus frumentariis c.* II. iisque addit, quod contrectatio ista non *invito* Domino fiat. Uti vero hoc manifeste falsum; ita argumentum a simplici *perfidia* mutuatum non admitto, quum haec in praesenti casu non sit *sola*, sed cum *contrectatione* conjuncta, et sic multo *majorem* reatum inferat, quam quem is incurrit, qui cessante omni nexu alteri quid intervertit. Interim ex praejudicio vulgari mitior sententia placuit Wittebergensibus apud Wernherum *P.* V. *obs.* CIII. Unicum quod hic concludit, in *corporis delicti* incertitudine quaerendum, si non constat laeso, quantum sibi pedetentim surreptum verum id oppido *particulare* est, nec trituratoribus, *qua talibus*, ubi de furto in quali et quanto constat, prodest.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXXI. N. 55.

Alvum apium auferens factum capite luit. Aliud de favis ablatis dicendum.

Apes pro feris bestiis a majoribus habitos fuisse, recte negavit Leys. *sp.* CCCL. ad quem lectorem remitto. Tribuerunt ergo eorum dominium iis, in quorum fundis vagantur, idque hodienum ubique asserimus, quo posito laesio in patrimonio privato per favorum contrectationem utique infertur. Quae de *incertitudine* aestimationis scribit Auctor sunt commentitia, nec refutatione digna, si de alvo apium quaestio est. Sin de solis favis ipsi domino ignotis, corporis delicti ambiguitas utique intercedit, impeditque, quo minus legalis quantitas liquida fiat, ut eleganter notat Froel. *p.* 326. Quare JCti Wittebergenses poenam *capitalem* imponere non dubitarunt, si valor damni quantitatem V. ducatorum transcendit Wernh. *P.* III. *obs.* XXIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXII. N. 36.

Aetas puerilis num furi contra poenam imminentem prosit?

Miror Auctorem non incidisse in *art.* CLXXIX. *C. C. C.* ex quo in genere arbitrium judicis *auf die Jugend* remittitur, et *art.* CLXXV. ubi in sacrilegio nonnunquam ratio *aetatis* habetur. Unde valida est collectio, ad contrectationem rerum profanarum. Ipsum arbitrium judicis *juventutis impetus* in quolibet subjecto moderatur, adeoque ex *facto* decisio petenda Froel. *p.* 333. Parum minoribus patrocinatur Bluml. *ad art.* CXLVI. *N.* V. nec tamen ipse *in fine* benigniorem coercitionem pro re nata excludit. Quae de *impuberum* furantium sorte dici possent, addiscenda ex Stryckio *de poen. impub.* Illud hic singulare est, quod *sexus* in determinanda pubertate non habuerit rationem Carolus V. imo mitiores ea in re sint leges Tyrolenses annum decimum *octavum* ad capitale supplicium requirentes Froelich. *p.* 332.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXII. N. 47.

Furtum a proximis heredibus vel conjugibus commissum. Utrum hoc delatam an futuram hereditatem supponat? Explicatio hereditatis. Interest utrum dolo an per imprudentiam sit commissa?

Miscet Auctor hic consanguineos, affines, liberos, parentes, ac denique conjuges. Sed praestat de singulis distincte agere, et sanguinis, ac affinitatis nexum in genere expendere, tum de proximis heredibus, semper sunt *liberi*, nonnunquam alii *consanguinei*, quaedam monere, denique de *conjugibus* admoventi-

bus agere. Et *sanguinis* quidem; vel ut clarius loquar *familiae*, qua talis, honorem habuisse romanos in persequenda furti poena, non reperio. Quidquid inde huc trahitur vel *reverentiam* concernit, si vitium furti parentibus objicitur *l.* 1. *seq. de obseq. Parent.* vel *unitatem* personae, et *patrimonii* defectum tangit, si a liberis furtum factum, §. 12. *Instit. de oblig. quae ex delicti, nascunt.* imo in genere ad actionem furti *civilem* refertur cum criminali, romanis in furto ignorata, nil commune habet. Neque clarior in Germania superest lex, nisi quod argumento *art.* CLXV. consanguinitati et affinitati multum tribuant JCti, teste Struvio *de furib. a poen. laquei immun. c.* III. quorum sententia, licet manifesta aequitate se commendare videatur, plus aequo indulget, quia Carolina non ad qualecunque furtum, sed *inconsultam* surreptionem pertinet, et sic valde *specialis* est. Clarior est dispositio de *proximioribus* heredibus, quae quidem, dum aeque ad familiam pertinet, idem cum priori fundamentum habet, in eo tamen differt, quod 1) *affines* a successione alienos, non concernat, sed solos *consanguineos.* 2) arctiores cancellos et *determinatas* personas comprehendat. Fons, ejus in *cit. art.* quaerenda, qui judices ad consilium peritorum remittit, certo indicio, Carolo in hac specie non placuisse, quae antea contra alios fures sanxerat. Id enim tota lex et inprimis illa clausula, qua sine laesi *quaerelis* judex ex officio se immiscere prohibetur, ne invitis incommodum inferatur, prae se fert. Unde poenam huic imminentem, ultra relegationem ad *fustigationem* extendi posse, recte negat Carpzovius *Lib.* VI. *Tit.* IX. *Resp.* LXXXV. *N.* VII. Si rationem mitioris juris quaeris ad unum omnes in *favore sanguinis* subsistunt, ne, si sanguinis ratio non haberetur, infamia in ipsam gentem simul redundet. Inde vero apparet 1) jus illud ad solos heredes ab *intestato* pertinere, non aeque ad *extraneos* testamento vocatos, inter quos neque cum testatore, neque cum sociis, quibus quid abstulerunt, tanta necessitudo intercedit, quanta opus, ut a regula recedere, et singulare jus formare opus sit, ceu recte Kressius *ad cit.* §. III. in not. observat. 2) exulare hic prorsus extensionem ad extraneos, quorum *ope et consilio* hocce furtum factum tum, quod ratio sanguinis iis haud sit communis, tum, quod multo *improbius* in eorum persona sit furtum, quia praeter contrectationem *corruptio* consanguineorum accedit, et sic duplex contrahitur, reatus *l.* 14. §. 1. *de serv. corrupt.* §. 12 *J. de oblig. quae ex delict.* 3) textum perperam ad crimen *espilatae hereditatis* in genere trahi, et cuicunque etiam *extraneo* expilanti sine causa mitius parari supplicium, exemplo Auctoris c. l. et Stephan. *h. a.* Nam imperator non de *extraneis* sed *proximis* heredibus edicit, consequenter verba finalia *das gemeine Recht* ultra speciem, de qua loquitur, extendi, salvis interpretandi regulis, nequeunt, licet ad illa, pro subducendo expilatae hereditatis crimine, provocent Classen. Bluml. N. II. Lynck. *dec.* CCXXXI. Tum philosophia, qua *jacens* haereditas absolute *nullius* dicitur, oppido frivola est, quum, eam ad *futuros* heredes, qualescunque illi fuerint, quantum-

vis ante aditionem de iis non constet, pertinere, et ita cum aliis rebus de quarum dominio constat, aequalem securitatem mereri, sufficiat *vid.* Beyer *ad ff. Tit. de expilat. hered.* Accedit, quod poena arbitraria, cujus jus romanum in expilatione hereditatis meminit, non *indulgentiae*, sed *rigoris* argumentum sit, dum *civilis* poena furto propria ad coërcendam malitiam ejus, qui rem ex jacente hereditate, quae nondum possidetur, auferebat, non sufficere credebatur, Schult. *Ex.* XLIX. §. XLVIII. et ideo illam, velut graviorem, surrogare necessarium erat. Haec ratio hodie cessat, docetque rigorem, ubi ipsis furtis per se, ut *grave* supplicium imminet, opus non esse, eaque de causa pari passu ambulare hunc contrectatorem, aliumque furem, teste Strykio V. M. *ad tit. de expilat. hered.* Sed forsan novum dubium emergit, utrum *cit. art.* ad hereditatem *delatam*, an *futuram*, et speratam referendus sit? Prius sustinet Kressius *c. l.* §. II. et casum de *sociis* coheredibus, fraudem sibi per interversionem, rerum facientibus, accipit. Posterius vero defendit Leys. *Sp.* DLV. *Med.* I. ob particulam *sonst*, quae idem est, ac *dermahleinst*, et ad futurum tempus pertinet. Neutra interpretatio satis expedita est. Non illa, cum longe arctior nexus et favoris ratio sit inter *dominum* et futurum *heredem*, quam inter ipsos *coheredes*, et sic nulla causa restrictionem ad hos solos suadeat. Non haec, quia particula *sonst* vulgo idem notat, ac *ohne dem*, et sic aeque praedicari potest de eo, cui delata successio. Quam ob rem verba legis potius de utraque specie explicarem, quum *familiae, et sanguinis* favor utrobique militet pro remissiore vindicta. Interim in applicatione non deserendus Imperator, qui diserte *imprudentiam* cum clandestina amotione conjunctam supponit. Quem in finem in antecessum moneo, tantum abesse, ut omnis omnino interversio rei hereditariae, maxime a coherede facta, huc trahi possit, ut potius vera ablatio cum *fraudis* specie, vel saltim *petulantia* conjuncta esse debeat, si *criminaliter* tractanda. Alioquin in dubio dicendum, reatum prorsus cessare, et socio, cujus res socius in proprios usus sine maligna intentione convertit, familiae erciscundae judicium sufficere *l.* 3. *C. fam. hercis*. Hoc supposito textus non de imprudentia, seu ignorantia *qualitatis* accipiendus, qua quis scit, rem ad se non pertinere, vel esse alienam, *hereditariam* vero ignorat, qualis species exercuit JCtum in *l. f. de expilat. hered.* Nam in hac dolus est evidens, ignorantia vero *qualitatis* ad solam quaestionem, utrum furtum, an expilatae hereditatis crimen commissum sit, pertinet. Rectius ad imprudentiam, et ignorantiam *juris* textus referendus, qua quis aufert quidem, quia imo *clam*, et sic de injustitia facti persuasus est, sed vana *opinione* correptus, se non adeo peccare, praeripit rem, in quam sibi jus quoddam jam quaesitum imaginatur. De hoc capio verba *Leictfertigkeit und Unverstand*, quae nec nimis extendenda contra c. l. 3. nec ad quamcunque *culpam* restringenda, sed ad eam referenda, quae dolo *proxima*, et ob clandestinitatem multum *malitiae* conjunctum habet. Plane qui per vim periculosa ratio-

ne: ex hereditate jacente vel futura, aut solus quid aufert, aut extraneis effringentibus se associat, non magis veniam meretur, beneficioque hujus art. fruitur, quam qui absque vi, sed meri *lucri* causa, per summam malitiam, et sic *improbo*, eoque deliberato animo contrectat, tametsi *sanguinis* favor etiam tum communiter judices a diro capitis supplicio avocare soleat, efficiatque ut et tantum severiorem poenam *extraordinariam* reus subeat, vid. Kress. *c. l.* §. III. *et not.* Denique haec omnia proferenda ad *conjuges*, se invicem spoliantes, pro quibus eadem ratione *nexus matrimonialis* militat, cui non potest non inimicissima esse *infamis* suspendii poena, sive *dissolutionem* thori per eam productam spectes, sive maculam perpetuam, in cujus communionem innocens etiam invitus trahitur, acque ac romanis visum, qui molliori vocabulo, *amotionis*, furtum conjugum tegere voluerunt *l.* 2. 25. *de rer. amot. act. l.* 2. *C. eod.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXXII. N. 59.

Furtum domesticum non nimi frigide coercendum.

Quo rationabilior in heredibus proximis est poenae remissio, eo iniquior ejus extensio, ad famulitium. Et tamen olim vix ac ne vix quidem quis huic contradicere ausus est, donec recentioribus temporibus nonnullis visum calamum stringere contra praeconceptam JCtorum erga domesticos fures indulgentiam. Fateor, mihi istam opinionem semper suspectam visam fuisse, nullaque ratione solida, nedum colore eam sustineri posse. Quis enim mali quod famuli suspendio sentiunt, influxus in domum ejus, cui is serviit, superest? Praeterea *perfidiam* a domesticis committi concedo; ast solam subesse, nego; imo potius furtum eorum perfidia atque contrectatione mixtum, et sic multo *improbius* esse, quam quod ab aliis committitur, fidenter assero. In reliquis delictis multum tribuitur axiomati in recta ratione fundati: *ut, quo minus aliquod malum evitari potest, eo magis eidem obviam ire debeat.* Cur itaque id in furibus domesticis deserendum, quibus cimelia et res domesticae patent, et facillimum est, media circumspicere ad promovendam furtivam intentionem idonea, quantamcumque diligentiam paterfamilias circa earum custodiam adhibuerit. Quo *difficilius* itaque est, sibi cavere ab improbitate famulitii, eo *justior* est severa in eos vindicta. Imo justissimae pariter ac aequissime sunt leges, quae passim *duriorem* ejus faciunt conditionem, quam furtorum communium, ab extraneis susceptorum. Potissima hic inspectio est, quinam nomine *domesticorum* veniant? qua de re non omnium eadem sententia haeret. Plene ac docte in hoc thema commentatus est vir cl. Ayrer *in diss. de furt. domestico*, cujus scrinia non expilabo.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXXII. N. 66.

Nobilibus infame suspendium remittendum.

Eamdem sententiam strenue defendit ac circa poenam sanguinis prosopolepsiae locum esse negat Kress. *Art.* CLX. §. II. *N.* II. sola dignitatis inspectione, ad quaestionem de poena *arbitraria* remissa. Contra *nobilitatem* etiam a poena laquei liberare asserunt Berl. P. V. *concl.* XLIV. *N.* XXXIII. Maurit. *de nobilitat. Germ.* th. XLII. quibus egregie patrocinantur verba *mehr soll ermessen werden der Standt und Wesen der Person, die gestohlen hat.* Licet enim illa magis de qualitate *animi*, et judicii imbecillitate, quam conditione status *externi* accipiat Kressius, vix tamen est, ut idonea ratione id aliis persuadeat. Scio reatum dignitatem exurere, et vix esse, ut haec influat in delictum, nec tamen dissimulo, influxum ejusdem in genus *poenae*, a reis sumendm, inprimis si foeditate sua est famosum, et alio honestiori remedio saluti publicae peraeque satisfieri potest. Suspendii poena autem tantum dedecus conjunctum ex opinione communi habet, quantum in aliis poenis capitalibus vix cernere licet. Unde etsi in definiendo capitali supplicio nil mutandum censeo, si circumstantiae facti id suadent, dandum tamen aliquid *dignitati* existimo, ut honestiori poenae genere v. c. *gladio*, facinus luant, et sic cum publico satisfiat, tum nobilitati generis honos servetur, quae etiam unice sententia Kressii fuisse videtur. Atque in hunc sensum accipio verba art. supra allegata, qua in re consentientem habeo Tenzelium *de poen.* furo. §. XI. lit. g. nec non Engavium *de furt. magno p.* 17. qui posterior tamen alia decidendi ratione utitur et quia suspendii poena major futura in nobili, quam in ignobili consequenter proportio in poenis observanda, vix usum habitura est, hanc thesin defendit.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXXII. N. 73.

Cur foeminae a suspendio exclusae? Suffocatio in aqua procul a poenis acerbioribus.

Distinctam masculorum et foeminarum poenam verba Carolinae exhibent, de cujus ratione plenius egi in *El. jurisprud. crim. S.* II. *C.* XIII. §. LXXIV. Sola sexus verecundia causa est, quae majores a suspendio foeminarum, tunicis *brevioribus* incedentium, olim cohibuit, eamque opinionem diu in foro aluit, usque adeo, ut id honori sexus sequioris *um vveiblicher Zucht sunt verba*, datum in jure *Lubecensi Lib.* IV. *Tit.* I. *Art.* V. teste *clarissimo* Dreyero *de vividefoss. p.* 27. Neque turbare nos debet poenae *suffocationis* gravitas, ex ipsa atrociorum delictorum, quibus alias applicatur, natura deducta, unde concludendum videtur, *durius* supplicium *foemi-*

nis parare voluisse imperatorem, quam *masculis*. Nam huic nec ratio solida nec ulla verisimilitudo suffragatur, severitas autem magis adesse videtur, quam revera adest. Nam suffocatio est poena *momentanea*, suspendium saepe languescens, illa transiens, et ob symboli defectum, paulo honestior, haec ob spectaculum cadaveris penduli quotidianum *ignominiosissima*, et perdurans, adeoque illa vere est benignior, haec contra acerbior. Quod autem suffocatio in *parricidio* retenta unice ob similitudinem cum culei poena, et sic ex manifesto *errore* factum, unde argumentum ad ipsam poenae *acerbitatem* trahi nequit. De hac si disputandum, cum indolem *executionis*, si dolore plena, tum commune de illa *judicium*, si ignominiosissimum spectari oportet, non vero solam ejus ad alia delicta improbiora a legibus factam applicationem. Quae si observasset Ziebitz facile occurrere potuisset dubio, a *duriori* sorte sexui sequiori imminente, petito quod sibi occasione hujus dispositionis movet. In Saxonia haec dubia occurrere nequeunt, postquam ibi *foeminae* aeque ac *masculi* suspenduntur. Idem fit Hamburgi Schoepfer *Synops. jur. tit. de furtis. N.* LVII. et in Episcopatu Herbipolitano Kirchgessner *in trib. nemes. p.* V. *Cap.* XVII. §. I. *in f.* Alibi ad *gladium* damnantur foeminae, ut jure *Lubec. Lib.* IV. *P.* I. *A.* V. et Tyrolensi Froel. *p.* 332. De aliis locis vide Tab. *ad Art.* CLXIV. *C. C. C.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXIII. N. 21.

Furtum lignorum ad regulam exigendum. Arborum caesio.

Distinctio inter *arborum* caesionem *furtim* et *furtive* factam, tam clare a Carolo V. *Art.* CLXXVIII. et Auctore exposita, ut mirum sit, cur nonnulli de usu poenae suspendii, quoties de *lucrandi* animo constat, dubitaverint. Kress. *ad cit. Art.* §. III. Nam solam caesionem, non furtum arborum ad vindictam singulis *provinciis* propriam remisit, quum ipsi mores Germaniae, quos ex speculo suevico et saxonico repetit Schilter *Ex.* XLIX. *Th.* XXI. ea in re non conveniant. Nominatim *deglabrationi* arborum dirissimum praeparat supplicium ordinatio Marcalis *zu Ober-Uessel.* A. 1484. apud Stisserum *Hist. Forestat. Germ. append. lit. G. p.* 46. ibi: *Es soll niemand Baume in der Marck schelen wer das thuet dem soll mann seinen Nabel aus seinen Bauch schneiden und ihn mit denselben an den Baum mahlen und denselben Baumscheler um den Baum führen, so lange biss ihm seine Gedarme alle aus dem Bauch und um den Baum genommen worden.* Quod, nescio, an unquam applicatum et non potius in *terrorem* propositum? Contra Furtum *lignorum*, *einen Diebstahl gleich zu straffen* jubet imperator, quod non ad simplicem *similitudinem*, sed *identitatem* coercitionis refero. Ligna sa-

ne hodie in tanto pretio sunt, ut exaequent alias res familiares, ratione usus, et aestimationis. Tum *publica* eorum expositio docet, tanto minus hic a rigore recedendum, quanto magis *securitas* publica, quoties e *forestis* auferuntur, laeditur, adeoque mitiorem jurisprudentiam merito hic cessare, ad quam nonnulli ob *domiciliorum* securitatem in praesenti specie haud turbatam, confugiunt, a qua sententia non alienus esse videtur Kressius *c. l.* §. I. Speciatim in furto lignorum *nocturno* justitiam suspensionis agnoverunt Germani, idque puniverunt *mit der Wyde*, quae verba de *patibulo* docte interpretatur Heineccius *jur. Germ. L.* II. *Lib.* II. §. LI. *in not.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXIII. N. 32.

Furtum frugum etiam diurnum capitale. Contrectatio florum mitius tractanda. Furtum comestibilium.

Distinctio contrectationis *nocturnae* et *diurnae* in furto *frugum*, olerumque in *art.* CLXVII. non tam ad quaestionem de *poena capitali*, quam de *poena* in *genere*, inprimis *arbitraria* pertinet, si verba recte examinantur. Nam diurnus fur non minus, quam nocturnus est *callidus temerarius* et deprehensu saepe *difficillimus*, nec sola *temporis* ratio sufficiens fundamentum temperamenti in illo, rigoris absoluti vero in hoc subministrat, alias diurnus, sed die *feriato* contrectans, eodem modo ad patibulum simpliciter rapi deberet. Quid? quod utrobique imperator *einen gefarlichen Scaden* supponat certo indicio, eum non solam *temporis* circumstantiam, sed damni inspectionem ad quam ista phrasis pertinere videtur in definienda poena respexisse. Neque frugum ac olerum minus, ac aliarum rerum damnum patrimoniale concipi potest, neque minor de illorum *aestimatione* seu de *corpore delicti* certitudo occurrit, quidquid contra eam moneat Auctor *N.* XXVIII. Unde merito deferendus Bluml. *ad cit. art. N.* III. qui poenam *capitalem* in hac specie prorsus, sed male profligavit, docente Kressio *c. l.* Interim 1) in *arbitraria* poena imponenda furem *nocturnum* gravius, quam diurnum plectendum esse non negaverim, quum utique improbitas ejus sit major, ipsis moribus antiquis agnita *Spec.Suevo cap.*CCLXV. edit. Goldast licet ejus in diro *capitis* supplicio rationem habere, non sit necesse 2) si flores vel herbae odori ferae, quae magis ad *luxum* quam *utilitatem ablatae*, aestimatio non nimis intendenda, sed valde moderanda Froel. *P.* IV. *Tit.* IV. *N.* III. quum pretium earum plerumque sit, et magis *opinione*, quam veritate regatur adeoque huc merito transfertur, quod occasione stipulationis ex causa damni infecti si circa tectoria vel picturas damnum datum, scribit Ulpianus in 140 *de damn. infect. Licet in haec magna erogatio facta, tamen honestus modus servandus non immoderata cujusque luxuria subsequenda*. Denique 3) contra eum qui fructus commestibiles *vescendi* causa contrectat, quia animum lucri faciendi non habet,

et sic proprie furtum non committit, sed merum damnum infert magis est, ut *civiliter* procedatur, ob verba finalia *cit. art.* conf. Berger *El. crim. p.* 55. Et licet Auctor noster *N.* XXXIV. id ad eam speciem, qua esculenta non *asportantur*, sed mox *comeduntur*, restringat, tamen, quia utroque casu eadem ratio, eadem, quae distinguit delicta voluntas, utrobique quoque eadem dispositio locum habet, monente Leysero *Sp.* DXXXVII. *Med.* VII. Paulo rigidior est Rivinius *de servit. necess.* §. VII. *possent enim voraces*, inquit, *qui ultra modum uvis, prunis, cerasis, aliisque pomis delectantur, et saepe summo statim mane immodica eorum stomachum onerant quantitate ad delinquendum cum summo suo et aliorum invitari periculo.* In universum autem id agit, ut, distinctione Auctoris profligata, causam hanc *criminalem* esse arguat. Sed quod pace *viri clarissimi* dixerim, ista philosophia tantum ad *graviorem* excessum pertinet, qui uti in aliis rebus licitis ac impunitis vindictam non effugit, ita si liquidus fuerit, eam in hac specie oppido probat, eo ipso autem, quod cardo rei jam est, *regulam* expositam non tollit.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXXIII. N. 52.

Fundamentum justae contrectationis in necessitate. Necessaria extrema necessitas. Ejus probatio. Culposa necessitas non attenditur. Ad esculenta articulus non restringendus. Inevitabilis necessitas. Excessus. Poena capitalis necessitate non obstante.

Necessitatem non habere legem, veteres Germani in paroemia *Noth hat kein Geboth* professi sunt, et ipse Imperator hoc articulo suo calculo probavit, et admittere tenentur, qui puriori philosophiae student. Imprimis haec usum habet in *furto* ob summam *necessitatem* commisso, cujus licentiam, etsi ad unum omnes probent, in fundamento tamen non magis conveniunt, quam in *gradibus*, quibus ista permissio includitur. Qui Grotium sequuntur, primaevam *communionem* in subsidium vocant, ad eamque omnia in casu *necessitatis* redire, docent, quo posito, non potest non jus pristinum reviviscere, vi cujus quilibet rem sibi proficuam occupat. Verum dudum explosa ab eruditis *imaginaria* ista communio, quae nec unquam fuit, aut si fuit, obscurissima est, nec solidam decidendi rationem subministrat Zigler. *ad Grot. de jur. B. et P. Lib.* I. *c.* II. §. VI. Leys. *ad ff. Sp.* DXXXVII. *Med.* I. Paulo aliter rationes subducit Zigler qui *non abesse potest*, inquit, *dolus ubi quis invito Domino nec*

praevio magistratus decreto rem alterius contrectat, quem sane necessitatis praetextus purgare nequit. Ita vero crimen non obstante necessitate committi, sed *poenam* tantum remitti vel mitigari asserit, eoque sensu articulum praesentem interpretatur. *Them. select.* XV. §. XXXVII. In qua sententia pedibus eum sequuntur TABOR *Racemat.* III. §. XXXVI. STRUV. *Ex.* XLVIII. *th.* XV. FRITSCH. *de praesid. necessitat. contra leg. C.* VII. Id autem mihi contradictorium videtur, poenam separare velle, a reatu, cujus illa potius necessarium *consequens* est, aut *dolum* surrogare, ubi et recta ratio, et leges positivae occupationem *impune* indulgent. Nec aliud usurpata in cit. art. appellatio *des Diebstahls* infert, uti quidem ratiocinantur JCti Tubingenses *Vol.* IV. *Cons.* CCXIII. *N.* VIII. quam abusive pro *oblatione* rei alienae usurpari, latus contextus docet. Solum itaque et verum fundamentum validae ejusmodi contrectationis in *conservatione* sui ipsius quaerendum, quae jus porrigit ad media pro explenda isto fini idonea ac necessaria. Posito autem *jure*, occupandi res nec *reatus*, nec *poena*, probari potest. Haec argumentandi ratio simplicissima est, a LEYSERO, et ante eum a WILDVOGELIO *de furt. improp. p.* 15. defensa in eo longe praestantior aliorum expositionibus, quod non meram *impunitatem*, sed etiam *justitiam* contrectationis talis evincat, adeoque hic locum habeat, quod alibi CICERO scribit: *Hoc si criminosum est, crimen, non voluntatis erit, sed necessitatis.* Inde vero prono alveo fluit, eam demum necessitatem 1) hic subaudiri, qua *extrema* est, et destituta *aliis* mediis ad sui conservationem obtinendam idoneis. Idque inferre mihi videntur verba *rechte Hungers - Noth.* Non enim quaevis indigentia sufficit, quoties vel rebus, ad *commodam* vitam transigendam, caremus, vel cui aliis honestis mediis, sive *labore*, sive provocatione *benignae* aliorum voluntatis, indigentiae succurrere possimus. Quae, quum in *facto* consistat, ante omnia docenda. Equidem KRESSIUS non tam rigidam probationem exigit, sed calamitatem *publicam*, vel *infortunii* certitudinem sufficere existimat, eo effectu, ut probata illa, reus ad *purgatorium* admittatur, impossibile esse ratus, singulorum individuorum in pago vel civitate attestata quod eleemosinas quaesiverit reus, sed non obtinuerit eum in finem emendicare. Verum, uti quidem hoc dubio caret, quoties de *mitiganda* poena quaeritur, ita rigorosa probatione omnino opus, ubi reus *prorsus* dimittendus. Sola difficultas *impossibilitatem* non arguit, nec quidquam obstat, quo minus judex eos, quos reus *precibus* fatigasse asserit, judicialiter interrogat, et hoc modo in veritatem asserti inquirat. Et quid si in *navi* contrectatio facta? Nonne diligens ac solers imploratio auxilii plene exquiri ab iis, qui ibidem praesentes fuerunt, potest? Illud parum refert, utrum reus ipse an ejus *familia*, quam alere tenetur, indigeat, ut evidenter cit. art. docet, si ejus tales personae fuerint, quae ad victum quaerendum ob *aetatem*, vel *aliam* rationem sunt inidoneae. Non aeque constat utrum 2) *profusio* ipsius rei, ad incitas redacti, impunitati, quid deroget, saltim

Ziglerus id asserit, et Hartman. *obs. crim. p.* 47. poenam *extraordinariam* tunc obtinere existimat. In alia omnia ivit Simon *P.* II. *diss.* V. et posita *summa* necessitate, non obstante tali *culpa*, reum absolvit, quocum et ego facio, quum culpa contractae paupertatis non nisi *remote* in contrectationem influat, Granz *P.* II. *p.* 167. *n.* 277. nec statum hominis, cui connata lex conservationis, tollat. Quumque ejusmodi culposa prodigalitas cum facto quidem *in consulto* impetu, non vero cum animo *laedendi* connexa sit, facile patet, cur diversum jus, quod in casu *homicidii* necessarii ob praecedentem *culpam*, et *offensionem* obtinet, huc trahi nequeat. Idem principium docet 3) nullam omnino *rerum* ablatarum differentiam faciendam esse. *Esculentorum* ideo, quia in ea ante omnia ob famem ruere homines solent, mentionem facit Imperator, nullo idoneo autem argumento, eumdem hanc sanctionem ad illa sola restringere voluisse, evinci potest, tametsi id docuerint Berger. *p.* 54 et Classen *h.* Falsum enim est, jus *singulare*, quod extensionem ignorat, hic tradi, quum de sola applicatione legis *supremae communis* hic agatur, quae tam late patet, ut merito ad plures res proferri queat. Tum *ratio* ubique est eadem, et, qui alias res surripit, indeque victum sibi comparat, in *effectu* nihil aliud agit quam ut res *comestibiles* intervertat. Ad haec necessitatis exceptio in ablatione ex loco *sacro* admittitur *art.* CLXXV. *C. C. C.* ubi vix esculenta prostant. Et quid de contrectatione *ligni*, vel *indumenti* dicendum? Certe *frigoris* rationem habent Stephani, Kressius, aliique, quin immo *potulenta* suo modo huc refert Simon *cit. loc.* quod, si aquam sorbere natura alicui prohibet, rationem utique habet, cum haec esurientis necessitas saepe sit tanta, ut superest humanae abstinentiae modum. Ea vero admitti non posset si extensio juris singularis hic subesset. Denique 4) contrectationem necessitati, et *conservationi* accurate respondere oportet, quod fit si tantum, quantum in *praesenti* ad conversationem sui opus est, non plus, ablatum. His inquam concurrentibus de *plenaria* immunitate non ambigendum, quam ratio, et verbum articuli *unstrafflich* manifeste commendant, ut fatetur Leys. *c. l.* Licet enim *aliquam* coercitionem furtum in necessitate commissum non effugere tradant interpretes, et tum ad *poenitentiam in Cap.* 3. *X. de furt.* impositam, tum ad diffidentiam erga *Deum*, exemplo Theodorici *disp.* II. *aph.* VIII. *lit. h.* provocent, prior tamen tanquam poena *ecclesiastica* cum *criminali* non magis, quam in casu furis *nocturni* occisi cui eamdem minatur jus canonicum quidquam commune habet, posterior vero satis profligata a Granzio *c. l. N.* CCLXXVIII. Plane si a *prima*, vel *tertio* conclusione quidquam abest, veluti si necessitas fuerit *magna*, sed non *inevitabilis*, media quidem quaesita sed non *exhausta*, aut *plus* ablatum, quam praesens conditio exigebat, *excessus* committitur, qui ob manifestam eidem cohaerentem *culpam* arbitrariam poenam meretur, pro *gradu* culpae determinandam. Ita plerumque. Sed an non aliquando ad *suspendium* provocandum? pro aris et vocis hoc negant Bluml. et Clasen *ad h. a.* Verum

post Stephani Berl. *P.* V. *concl.* XLIV. *N.* XLIV. Bocer. *de furt.* C. II. *N.* CLXV. id affirmat Kressius. si *singularis violentia, reiteratio* et insignis rei ablatae *quantitas* concurrit. Quis enim negaret calliditatem ac improbitatem ipso facto comprobatam tunc emergere, eamque *excessus* notionem, quae in sola *culposa* aberratione a regula consistit, prorsus oblitterare, adeoque solum, eumque vanum necessitatis *praetextum* superesse? qui, quo minus veniam mereatur, *salus publica* reclamat, ex *qua* lucem foeneratur articulus citatus, qui quidem de immunitate et remissione agit, rigorem vero, quoties *analogiae* juris respondet, non excludit. Hoc modo obviam eundum rationibus Clasenii, quae ad meras principii petitiones pertinent. Junge his Fritschium *de praesunt. necessitat. contra legem* Stryck. *de jur. necessit.* nec non *de damn. reb. alien. licit. illat.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXXIII. N. 66.

Alia ratio cadaverum, alia sepulcrorum violatorum.

Poena *rotae*, quam Auctor ex veteri lege Saxonica contra coemeterii, et *sepulcri* violationem memorat, ex hypothesi de *consecratione* coemeteriorum apud pontificios fluxisse, observat Beyer *ad ff. tit. de sepulc. violat. p.* 622. Mitior est constitutio Electoralis citata, quae ad hanc speciem utique pertinet, licet de *cadaveribus*, non sepulcris agere videatur. Nam spoliatio cadaverum simul involvit violationem *sepulcrorum*, ac coemeteriorum, quin imo illa majus constituit delictum, quam haec. Neque verisimile est, legislatorem sola *marmora*, ac monumenta laesa, acriori poenae subjecisse, quam quae ipsam cadaverum in coemeteriis sepultorum violationem sequitur. Extra Saxoniam, quae poena obtineat, non adeo expeditum est, Stryck V. *M. h. t.* §. III hos temeratores, aeque ac alios fures suspendi posse, censet, ideo quod plerumque *vim* majorem inferant. Mihi, ut verum fatear, *capitalis* poena hic non facile applicanda videtur, quia coemeteria plerumque a *consortio* hominum adeo remota, ut quantacunque demum vis a spoliatoribus inferatur, hominibus inde nil metuendum sit. Consequenter ad hos non pertineat clausula *Art.* CLIX. *oder mit. Waffen damit er jemand Widerstand thun mogte, zu stehlen eingehen.* Paucis: furti qualificati indoles hue non quadrat, nisi forsan coemeteria in ipsa civitate circum ecclesias, non procul a hominum habitaculis, reperiantur, ut metus violentiae et periculi imminentis non sit vanus. Praeterea si ex regulis furti *magni* judicandum, distinguo, utrum pretiosa cum cadavere *recondita* ablata, an aliud quid ex habitaculo sepulcri interversum? illo casu ob cessans damnum, reique possessionem, factum magis tanquam petulantia quam furtum coercetur, hoc vero a regulis *furti* prorsus non recedendum, quia sepulcrum est in patrimonio, ejusque violatio dominum ad refectionem necessitat, cujus causa pro-

xima is est, qui ipsum monumentum depraedatur. Denique poena *civilis*, cujus meminit *l.* 4. *C. de sepul. violat.* hodie non obstante praejudicio Carpzoviano est arbitraria, teste Wernhero *P.* VII. *Obs.* VI.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXXIII. N. 74.

Obscuratio finium modo gravior, modo levior. Myleri sententia explosa. Finium publicorum convulsio capitalis.

Sanctimoniam *terminorum* in vindicandis eorum corruptoribus agnoverunt jus *divinum*, leges XII. *Tabb.* et jura *Germanica* adeo, ut aliquando caput *aratro* desulcaverint, majores, ceu in *Elem. jur. crim. S.* II. §. CCCXXXV. docui. Hodie videndum, utrum magis *impetu*, et praetextu *defensionis* fines turbati, ut frequenter inter agrestes homines fit, an dolo vel malitia, sine ullo juris colore peccatum. Illo poena *pecuniaria* sufficit, hoc ex mente Auctoris ultra *relegationem* vix proceditur. Interim nihil impedit, si malitia insignis et infimae sortis homo manus admovit, quin *corporale* supplicium *am Leib*, vel condemnatio ad opus publicum locum habere possit Harprecht *Resp.* LXXXIV. Paulo subtilior est Myler *in Metrolog. C.* XIX. §. XIV. ubi inter terminos cum vel sine vicinorum praescitu positos distinguit, et illorum temeratores tanquam *falsarios* coercendos putat, quum tamen utrobique poena sit *arbitraria*, et sic vix differentiae ratio in effectu dari possit, utrum ex capite falsi, an propter finium obscurationem contra eos procedatur. Plane si termini *territoriorum* publici convulsi, factum in crimen *laesae majestatis* degenerat, suo modo *capite* puniendum Lauterb. *ad tit. de term. mot. in fin.* Leys. *sp.* DLVIII. *Med.* III.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXXXIII. N. 92.

Plagi rarior usus.

Quo frequentius apud romanos *plagium*, eo rarius apud nos. Neque exempla a scriptoribus nostris collecta semper sunt genuina. Sic facinus Henrici *Luneburgensis* qui virginem nobilem ex *Trodtiorium* gente gynecaeo inclusit, potius *raptum* sapit, ut patet ex Hortledero *de caus. Belli Germ. C.* XXIX. *T.* I. p. 1612. Alium casum obstetricis, quae *embryonem* medico vendiderat de plagio falso accusatae exhibet Harprecht XLVII. Facilius huc referri posset exemplum, quod ex Vogelii *Anal. Lipsiensibus refert* Rechenberg. *diss. ad l. fab. de plag.* §. XVII. Neque *militare* plagium omittendum, de quo Septimius Andreas Merklinius speciali dissertatione commentatus est cum Leys. *sp.* DCXXIV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXIV. N. 25.

Venatio olim liberrima. Privativa venatio in censu regalium.

Lepidissimae sunt rationes, quas pro regalitate *venatus* conglomerat Auctor. Fortiores ex statu *medii aevii*, et historia a defensoribus hujus regalis hodie proferri solent. Quia vero haec controversia non hujus loci est, eidem non immoror. Adeat, cui volupe est. Bilderbeckium *in deductione wieder das Jagdt-Regale.* Struvium *in horis successivis C.* II. *p.* 182. Ludewigium *de venatu ejusque regali.* Aliud omnino jus cingendi sylvam in usum *privativae* venationis,quod ipsum *regale* fuisse egregie docuit Auctor deduct. *von Bannforst.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXIV. N. 32.

Fures ferarum capitale supplicium experiri, probatur.

Scripsit de furto ferarum specialem dissertationem Seidensticker et de Ludewig. Neuter ad palatum eorum, qui de usu pragmatico solliciti sunt. Ille circa vulgarissima et communia furti capita, hic circa jure Romana et Germanica *antiqua* occupatur, paucissima *hodierni* usus intermiscens. Praxis potius de eo, num venatus furtivus reste, et *suspendio* coercendus? sollicita est. Auctor id negat, quem plerique sequuntur. Mihi vero non e longinquo arcessendae rationes pro firmanda sententia contraria. Inter quas non ultima est, quod eadem *damni* et *securitatis* vindicandae ratio in hac specie adsit, quae capitalis poenae justitiam in quovis alio rei aestimabilis furto obfirmat. Quidquid huic a *libertate* naturali, in qua vagantur ferae, objicitur, nil relevat, quum illa non sit talis,qualem communionis naturae producit, sed *dominium* ferarum supponat, et, tantum abest, ut ejus oppositum sit, ut potius ita accipi debeat, ne omnino juri ejus, penes quem est venatio, quidquam decedat. Jus *cingendi* sylvam, et *prohibendi*, ne quis eam venandi aut feras turbandi causa *ingrediatur*, tum facultas feras *caedendi*, sibique habendi, quid aliud arguit, quam indubiae *proprietatis* effectus, quam bestiarum vagandi consuetudo sola non magis, quam in mansuetis bestiis tollit. Naeniae ergo, et plus quam siculae gerrae, quoties ad rei *alienae* defectum provocatur, et juris romani tradita sine judicio applicantur. Ejusdem commatis est, quae a *possessionis* absentia desumitur exceptio, pro vindicanda saltem furti *improprietate.* Quasi vero actus possessori sint, sine possessione, feraeque ideo quia late vagantur, non sint sub *custodia* domini sylvae, ejusque famelicorum? Habent bestiae suam *sedem*, vulgo: *einen gewissen Stand*, unde recedunt, et ad quam, nisi turbatae, revertuntur, sola *difficultas* autem, singulas pro lubitu occupandi, detentioni haud repugnat. Sunt ergo in pos-

sessione ejus, cujus est venatio, ex eaque eripiuntur, quoties alii eas venantur. Praeterea quod nuspiam mortis poena in venationum temeratores statuta sit, illud quidem gratis asseritur, quum leges circa furta rerum *aestimabilium* alienarum latae feras tamdiu comprehendisse censeantur, quamdiu diversitatis ratio, quae feras ab illis eximit, dari nequit. Quid enim opus de *singulis* speciebus nominatim cavere, ubi *omnis* rei alienae contrectatio injusta est? Demum *Corporis delicti* incertitudo fictitia est, sive illam de *aestimatione* ancipiti accipias, sive, quod bestias in *numerum* haud relatas existimes. Prius enim oppido falsum, posterius rei ablatae *sensibus* exploratam veritatem non negat, si de bestia caesa ab eo, cui non est jus venandi, visu *testium* vel *alio* modo constat. Hoc amplius, *incertitudo* domini inter plures vicinos contrectationi illicitae nil detrahit, sed illud satis, ad damnandum venatorium praedonem, si sciat se rem ad se non pertinentem i. e. alienam contrectasse, etsi *individuum*, cui illam abstulit, nesciat quum non magis unus, quam alter in rebus suis laedendus. Unde exitio poenae capitalis in furto ferarum, nil satis, nedum quod justitiae speciem haberet, inest. Interim horrenda et ab omni humanitate aliena est, quae olim huic furto passim applicata fertur poena, qua praedones *ferarum cervis impositi manusque inter cornua constricti, et ita cum cervis dimissi* Knipschild *de Nobilit. L.* III. *C.* V Huic acute sequentia reponit de Ludewig *Cit. l. p.* 9. *Cum nullibi prodatur nomen vel legislatoris tantopere severi et alieni ab omni humanitate, malem egomet historiam accensere fabellis. Etsi forte aliquis Princeps adeo fuit immanis, illud tribuendum atrae bili non latis legibus.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXXIV. N. 91.

Furtum piscium ex piscinis vel praeterfluente aqua. Quae contrectatio cancrorum?

De furto *piscium* nominatim cavet imperator *articulo* CLXIX. *C. C. C.* Ergo stricte sequenda *distinctio* ab eo prolata, utrum ex *piscinis*, an *praeterfluente* aqua surripiantur, cujus nulla alia est ratio, quam quod custodia piscium priori casu sit *angustior*, posteriori *laxior* et ita comparata, ut pisces facile locum et possessionem mutent. Equidem similis conditio ferarum esse videtur, sed harum certas *sedes* esse vulgo *der Stand*, scimus, piscium ignoramus: illis sylvae nemora intra quae delitescunt, comparata, his totus patet alveus, et sic multo laxior custodia: illarum praedonibus dura *suspendii* lex multis in locis scripta, ejusque justitia agnita; de piscatoribus tale quid vix dispositum, ut adeo hic major ratio pro *remissiori* poena occurrat. Magis de *cancrorum* furto quaeri posset, quibus, quia certo loco semper inclusi, distinctio supra tradita de aqua *clausa* et *aperta*, vix applicari potest, ut contra Auctorem jam notavit Berger *El. crim. pag.* 60. Sed practici, fatente eodem in verba Carpzovii jurarunt. Imo vix est,

ut ob ejusmodi furtorum species in *corporis afflictivam* ruant, quin potius, nisi summus malitiae gradus facinus augeat, leniori supplicio, monente Blumlachero *ad Art.* CLXIX. *C. C. C.* expiandum delictum judicant.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXV. N. 17.

Administrator furti reus, contrectatio non praecise possessionis invasionem requirit.

Omnes hae rationes vel a stricta *contrectationis* interpretatione fori romani mutuatae, vel *petitionem principii* continent. Nos cortici verborum non inhaeremus, sed contrectationem de plano, pro omni rei *alienae* interversione, uti revera est, accipimus, et ita accipit eam Imperator, dum ad modulum *aliorum* furtorum hanc speciem exigit. Ista comparatio est *plena*, et *omnimoda*, non *secundum quid* talis, ut nihil agant, qui verba *art.* CLXX. *einen Diebstahl gleic zu straffen* saltem *aliquam* similitudinem, furtumque mere *improprium* inferre, existimant, cum Kressio *ad Art.* CLXX. §. I. *N.* II. et Reinhardto *de divers. furt. secund. jus. Rom. et Germ. idea.* §. XII. seq. Eadem locutio occurrit in *art.* CLXIX. ubi de ablatione *piscium* e piscinis agitur, et in *art.* CLXVII. de lignorum depraedatione nota est locutio: *für einen Diebstahl zu straffen.* Utraque species autem aliquando *suspendio* expiatur, et *verum* furtum constituit. Cur itaque hic alio sensu verba accipienda? Ejusdem commatis est effugium a verbo *Missethat* mutuatum, quod cum ex materia *substrata*, tum ex aequiparatione cum *furto* facile refelli potest. Et quod demum motivum superest, ut causam perfidorum praedonum agamus, qui non *mera* perfidia peccant, sed cum ea *interversionem* rei *alienae* conjungunt, adeoque in *duplicem* reatum incidunt, quod de furibus ordinariis dici nequit. Si justum est, ob rerum alienarum cum lucrifaciendi animo factam occupationem ad restem reum damnare, qui *durius* esse poterit idem statuere, quoties praeterea fidei *singularis* fractio concurrit, quae facinus non minuit, sed aggravat et ideo mitiorem coercitionem cohorret? Analogia juris *Germanici* demum, quae plures seducit, aliud non suadet. Ubi enim hoc jus Germanicum quaerendum? *In spec. Saxon. Lib.* II. *art.* XXIX. *et suev. Cap.* CCL. *edit. Goldast?* Non putaverim. Nam aliunde constat, compilatores hinc inde ex praejudicio juris *romani* quaedam a moribus domesticis alienissima immiscuisse, cujus uterque locus egregium monumentum est, non multum dissimilis illi, qui eadem labe infectus est art. LXII. *Lib.* II. Non nego vestigia germanici juris his collectionibus contineri, sed judicio opus, ut ludicra et naeniae a solidis narrationibus separentur. Certe simplicitas majorum non fert subtilem inter *perfidiam* ac *contrectationem* distinctionem. Auferre rem alienam animo lucri, hoc illis furtivum audiebat, non praecise ex *custodia et possessione* alterius occupare, quod quidem speculatoris est inventum non

genio Germanorum respondet. Quid multis? Fac majores in ea haeresi fuisse: *vetus* jus germanicum dudum absolevit. Jus Germanicum *pragmaticum* vero Carolina nobis subministrat, in qua, ut dixi, contrarium potius continetur, et haec genuina furti species agnoscitur, adeoque frustra agunt, qui legem planam cum Kressio dubiis implicant. Quanto rectius Principes hinc inde supplicium *capitale* contra administratores publicos restaurarunt teste Strykio *V. M. ad l. Jul. pecul.* §. III. *seq.* Lynck. *Resp.* XXIII. Besold. *Consil.* CXL. Interim non nego in foro haec principia vulgo repudiari, et ex auctoritate Carpzovii benigniorem sententiam adversus administratores ferri solere, teste Blumlachero et Clasenio *ad cit. art.* Struvio *de furt. a poen. laquei immuni C.* IV. Quo ipso fit, ut ex rationis paritate *famulis*, *tabellariis*, *conductoribus*, denique *aurigis*, qui res alio transferendas susceperunt plus aequo parcant, fatente Leysero *Sp.* DXXXV. *Med.* XX. et *Sp.* DXXXVII. *Med.* XXII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXV. N. 41.

Animus restituendi a furtiva contrectatione administratores non liberat.

Ast vereor, ne aequivocatio doli, quae inquisitis in examine non ubique distincte exponi solet, usum torturae inanem reddat. Sunt, qui dolum ita constringunt, ut solo defraudandi animo eum absolvi existiment, et hinc indulgeant administratoribus qui res concreditas in suos usus converterunt, si urgente *necessitate* id fecerunt, aut animum *restituendi* non deposuerunt, aut bona sua verisimiliter restitutioni suffectura crediderunt, a quibus non videtur esse alienus Auctor *N.* LVII. Has latebras si admiseris, facile effugium parabitur ad eludendam poenam promeritam. Quanto rectius scribit Leyserus *Sp.* DXXXV. *Med.* XIV. *est per se factum illicitum, res alienas auferre, vel fidei suae commissam pecuniam in suos usus vertere, ergo quocunque animo fiat, dolus erit.* Ita vero animus restituendi nec perfidum administratorem liberat a poena ordinaria, nec probata interversione vel consumtione, opus est quaestione desuper instituenda. Sic respondimus contra magistrum *postarum*, qui ex pecunia publica equos sibi comparaverat, mox loco illius pecuniae cambium cistae, cui pecunia reliqua inclusa, immiserat re manifestata ad *bonam fidem*, vitae *integritatem* et nescio quam exceptionem fraudis ac *perfidiae* exclusivam provocabat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXXV. N. 73.

Detentores rei alienae ob animum lucri in furti reatum incidunt, non ob corruptionem simplicem. Male cit. articulus ad depositum restringitur.

Quae principia fraudulosis administratoribus antea opposui, eadem intuitu eorum, qui rem ex *contractu* non translativo tenent, repetenda, cum utrobique par ratio sit, nec *perfidiae* quidpiam decedat, utrum cum *administratione* sit conjuncta, nec ne? Unde idem fatum subeunt *commodatarii*, *creditores pignoratitii*, *depositarii*, quoties de fraudulosa rei alienae interversione convicti fuerint. Parum vero menti legislatoris convenienter *art.* CLXX. interpretantur, qui eum ad solum *depositum* referunt Tabor.*adcit.art.* §. III. quibus plenissime satisfecit Kress. *ibid.* §. I. Saltem verbum *verwahren*, quo utitur, articulus id non evincit, quum *custodia* omnibus, qui nomine *alieno* possident sit communis, et hoc solum depositarios a reliquis debitoribus distinguat, quod illis *unice*, et *primario*, his *secundario* res custodienda detur, quae circumstantia tamen nec legem restringit, nec influit in dolosam interversionem. Potissima inspectio qualitatem *facti*, cujus depositarius, vel similis detentor reus arguitur, tangit. Ait enim Imperator *zu schaden handelt*. Quam locutionem, si crude capias, etiam *corruptio* et *deterioratio*, *amissio* huc pertinebit, quae tamen magis ad *damnum* referenda. Praestat itaque eamdem ita accipere, ut *furto* de quo quaerit lex, respondeat, quod aliter fieri nequit, quam admixta *lucri* idea. Sive enim *alienaverit* rem depositarius sive in *proprios usus* verterit, sive cum ea aufugerit, modo de *lucri* faciendi intentione constet, perinde erit. Quidsi donaverit? Talem casum ordini nostro oblatum memini, cui id peculiare erat, quod quis rem pretiosam alienam deliberato consilio, animo alteri complacendi, et amicitiam sibi comparandi dono dederat. Sed a furti reatu eumdem absolvit, et tanquam *stellionem* fustibus caedendum judicavit ordo noster, quum non quodlibet, sed *pecuniarium* lucrum in furtum incidat. Multo minus qui re deposita, aut commodata aliter ac decet, utitur, furti se obligat. Nam *l.* 29. *pr. ff. de deposit. et* §. *ff. I. de oblig. ex delicto* ad furtum *possessionis* ac *usus* pertinent, romanis cognitum, Germanis nec quidquam Reinhardt. *c. l.* §. II. *seq.* Unde ne quidem pecuniae publicae in alios, quam ad quos destinatae, aeque publicos usus factam versionem, crimen de *residuis* involvere, aut capite lui, quantumvis alias ea perfidis administratoribus alicubi immineat, docet Leys.*Sp.*DCXXI.*Med.* XII.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXXV. N. 46.

Poena aurigae res sibi commissas contrectantis.

Aliud definiendum si auriga rem sibi commissam in loco destinato jam depositam, intervertit, tunc enim *possessionem* alterius turbat, et sic etiam ex rationibus praxi *communi* propriis poenam furti subit. Neque aliud dicendum, si per *vim* cistam, licet nondum domino traditam effregit, quia sola vis adhibita potissimum in computum venit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXVI. N. 25.

Occultatio Thesauri mollius coercetur. Num propter eam fidiculis locus? Griebneri sententia examinatur?

Delictorum duo sunt genera, alia quae *data opera et improbo* consilio suscipiuntur, consequenter statim ab *initio* turpitudinis vitium conjunctum habent, alia e contra in quae, tametsi initium *honestum* habuerunt ex *post facto* quis vitiose delabitur, dum sibi non satis cavere didicit a corrumpendae voluntatis laqueis. Ibi gravius peccatur ob perennem improbitatem, hic excusatius aut certe exemplo non tam periculoso, quia plerumque merum *excessum* in negotio per se innoxio factum continet. Ejus generis est *Thesauri* vel cujuscumque rei alienae ex improviso *inventa* occultatio, quae, etsi a furti reatu non longe absit, quia honestum habet initium, leniori semper poena expianda. Crell. *de Thesaur. a mercenar. occult.* Atque hactenus cum Auctore quidem sentio. Verum quod de usu *torturae* ad eruendam quantitatem occultati Thesauri *N.* XXV. profert, non parum suspectum mihi videtur. Taxavit id obiter Crell. *c. l.* ex professo autem Griebner *de repetit. torment.* §. V. *Qui enim* ait, *se liberabit inventor a carnifice si vel maxime verum profiteatur auri reperti summam, cum avidus accusator ex facta ad initium quaestionis confessione colligat, longe manus confitentem invenisse pondus. Itaque et qui vera, et qui falsa fatetur, torquendus erit simpliciter et sine exceptione, et illa demum quantitas reperta censebitur, quam tortus probe et admodum in sententia expressum se invenisse, dicet, nullum ut miseris hoc in casu sit solamen, quam ut plane nihil quidquam se reperisse asserant, quum et vera professis et falsae dicentibus idem tormentorum exitus sit, nec ingenua veritatis asseveratio tormentis confitentem subducat.* Ita omnino est, si tortura *indistincte* et sine *indiciis* majoris repertae quantitatis quam quae indicata est, dictatur. An autem haec Auctoris sententia fuerit, valde dubium, quum alibi usum torturae ad indicia *verosimilia* restringat, et sic eodem ore hic locutus, imo supposuisse videatur, ex *repentina* bonorum affluentia, aliisque circumstantiis in-

ventorem gravari de *falsa* confessione. Quo facto sententia illa non adeo absurda, objectio GRIEBNERI vero ficulnea est. Ego ex alio capite torturam impugnarem, nimirum quod in causis *civilibus* illa prorsus exulet. Licet enim ex Auctoris nostri principiis aliud obtineat, si causa civilis *crimen annexum* habet, id tamen non satis expeditum est, quum processus civilis, eo non obstante indolem suam retineat, cui repugnat *quaestionum* usus. Quamdiu itaque de Thesauro invento *civiliter* agitur, tamdiu quantitatem quaestionibus erui posse nego: *inquisitione* vero ob emergentia indicia contra inventorem instituta, quod pendente causa civili fieri potest, nihil est quod usui torturae obstet certe quod HEILS *de proc. inq.* C. V. §. LII. obvertit torturam tantum ad poenas *corporis afflictivas* pertinere, tamdiu inane est, quamdiu doceri nequit, causam hanc non ita esse comparatam, ut suo modo reus occultationem corpore luere posset. Conf. infra *Qu.* CXIX. *Obs.* II.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXVI. N. 49.

Poena abigeorum romana. Hodie poena furti ordinaria obtinet, durior tamen abigeorum conditio.

Rationes quas hic corrasit Auctor, parum concludunt. Mihi ejus sententia ex aliis argumentis defendenda videtur. Videlicet romanis, quibus furtum *privatum* delictum erat, *abigeatum* pro *extraordinario* delicto habere placuit, sive quod poena civilis ob intercedentem hic *securitatem publicam* violatam vix sufficere reprimendae malitiae videretur, sive quod teste ULPIANO eo improbissimorum furum audacia processisset, ut abigendi pecus studium velut artem exercerent, *l.* 1. *princip. de abigeis* sive quod judice MACRO abigei *ferro* instructi, subinde terribiles esse inciperent *l.* 2. *ff. ead.* Hae, inquam, intensae apud romanas poenae fuere rationes, neglecto duplo et quadruplo ordinarii furti vindice. Foris nostris ista philosophia non respondet, postquam poenae furum communes *atrocitate* sua se in tantum produnt, ut cur intendi debeant, non appareat. Cessante autem ratione intensionis subsistendum in regulis furtorum *communibus*, ita ut abigeatum a furto distinguere opus non sit. Hoc tamen abigeatus ob violatam securitatem publicam peculiare habet. 1. quod quoties hodiernum extra ordinem coercetur poena *aggravari* et durior esse soleat, quam ob alias res ex custodia *privata* ablatas, cujusmodi principium in speciebus oblatis ordinem Tubingensem semper secutum fuisse testatur HARPRECHT *de abigeis* §. XXXIX. II) quod difficilior judex esse debeat in *remissione* capitalis supplicii ob causas, quibus in aliis furtis moderata coercitio cohaeret. THOMAS. *de abig. Th.* XCI. BEGER *ad ff. Tit. de abig. in f.* III) quod multis locis ipsa poena abigeorum paulo *rigorosior* sit, et *indistincte* ad ultimum supplicium passim extensa fuerit, inprimis ob *equos* ex pascuis furtive abductos, ea ex professo docuit frater optimus GEORG LUDEWIG BOEHMER *de abigeatu et de furto equorum.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXVII. N. 10.

Consilium speciale ad furandum capitale. Quid de instigatione, vel jussu superioris, patris dicendum?

Veritas vel falsitas cum hujus regulae, tum earum, quas in sequentibus exponit Auctor, ex genuinis principiis de *concursu* ad crimen *ab alio* perfectum, quae jam supra *Qu.* IV. quantum satis exposui, pendet. Ille demum concursus *proximus* et ad poenam delicti commissi *ordinariam* qualificatus est, ex quo illud immediate sequutum: *remotus* e contra, in quo causa delicti immediata non latet. Fatetur Auctor hanc planissimam rationem, sed in applicatione lapsus est. Sic actum proximum in eo collocat *N.* XVI. quod quis manu sua auxilium *cooperativum* praestet, quo supposito solum *consilium*, tametsi *speciale*, *et instructivum*, sine *reali* ope a concursu proximo et poena capitali alienum est, ut ipse *N.* 4. arguit. Ast quid prohibet quo minus taliter *consulens* ad furtum *immediate* concurrere dicatur? Ea causa omnino est *immediata*, ex qua sine ullo momento intermedio factum sequitur, nec sine illa sequi potuisset. Jam supponamus, eum qui consilium furandi cepit circa executionem cespitare, consilio alterius autem *instructivo* circa *locum*, *tempus modumque* perpetrandi facinoris obfirmatum, felici successu, quod, suis viribus diffisus, haud ausus fuisset, furtum committere, an, inquam, praeter consilium quidquam, occurrit, quod intercessisse ac promovisse furtum recte dixeris? Factum enim, quod consilium excepit, est ipsa contrectatio, utriusque tam sororius tamque immediatus est nexus, ut sine risu defendi nequeat, contrectationem ex instructivo consilio non immediate profluxisse. Ain ut: cum Leysero *Spec.* DXXXVII. *Med.* XXV. *consulentem solis verbis quae ad furtum non sufficiunt, peccasse.* Ego vero repono, rationem rectam non prohibere, quo minus causa *moralis* delicti proxima in solis *verbis* collocetur modo executio ejus, ad quod verba directa accesserit. Verba, an facta intercesserint, nil refert, si de *concursu* ad crimen alterius quaeritur, modo causam immediatam constituant, quae de essentia *factum* non desiderat. Scio verba sine facto furtum non absolvere, sufficit vero ad furtum post consultationem verbalem, contrectationem actualem alterius utrius fuisse secutam, et *immediate* cum verbis esse connexam, hoc effectu, ut unus *physice*, alter *moraliter* contrectasse videatur. *Homicidium* non solis verbis absque facto perpetratur, et tamen ejus consumatio ad effectum poenae capitalis ei, qui instructivum consilium dedit, imputatur. Similiter qui *verbis* conspirant in necem, omnes facinus, etiam ab *uno* eorum peractum, morte luunt per *Art.* CXLVIII. *C. C. C.* Quae autem inter hoc et furtum genuina differentia? Ipse Leyserus Carpzovium tanquam JCtum Saxonem, qui ex constitutione Saxonica verba Justiniani interpretatus est, excusat; sed

quid ad nos jus Saxonicum? quid Justinianus, ubi ex curis communis principiis ratiocinandum? Ad extremum, consulens eodem modo influit in furtum ac mandans, eumque tunc facinus *capite luere*, si *legalem quantitatem* participat, contra Auctorem recte defendit Stryck. *de imput.facti alieni. C.IV.N.*XXXIV. Quidni itaque consulens idem factum subiret? vid. Ant. *Mathaei Lib.* XLVIII *Tit.* XVIII. *C.*IV.*N.*XVIII. Farin. *pr. crim. quaest.* CXXIX. *N.* XXIV. Unde recte taxavit Auctorem hoc passu Hoppius *ad* §.I. *Inst. de oblig. quae ex delict.* poenaque capitali dignos judicavit eos, qui consilio speciali furi auctores fuere, indeque lucrum traxerunt. Neque aliud *de instigatione vel persuasione* dixerim, quae in effectu cum consilio coincidit, ut plenius evicit Stryck. *de jur. persuas.* licet enim callidum instigatorem lenius ac mandatorem tractet Papinianus *l.* 20. *de his qui notant infam.* eumque non infamia notari, sed ejus *pudorem* tantum onerari, scribat, ea sententia tamen non pertinet ad causam *criminalem* ob instigationem intentatam, sed ex *facti specie* ibi proposita interpretationem capit, quam eleganter supplet Cl. Crell. *de poen. instigat.* §. VI. Hoc solum in his similibusque casibus supponendum, *principem* facinoris absque consilio mandato vel instigatione nec suscepturum, nec ausurum fuisse contrectationem, ne alias, consilium aut suasio ad propositum alterius tantum *accessisse*, non illud *produxisse* videatur. Praeterea lucrum tulisse consulentem oportet, sive ex rebus ablatis sive ex earum pretio, ut ecce: si *merces* promissa ac soluta ex spolii exuviis Leyser *cit. Med.* XXVII. Sine hoc enim nec furtum, nec poena *capitalis* concipitur, maxime quoties de pluribus unius ejusdemque furti sociis quaestio est, ut supra ostensum. Difficilior de *jussu* disceptatio. Videtur is ad concursum prorsus non pertinere, eo quod in jubentem *omnis*, imputatio cadat, *nulla* in executorem qui meri *instrumenti* vicem sustinet, veluti si a *Principe* vel *militiae* duce, quibus stricte parendum, jussus processerit. Sed id quidem in ejus generis jussibus, de quorum *injustitia* non in *continenti* constat, obtinebit, secus in iis, quorum injustitia *liquida* est. Qui furtum jubet, qui ad lucri sibi quaerendi contrectationem alterum stimulat, factum per se *illicitum* injungit, frustra *obsequium* exigit, quantuscunque demum *nexus* obedientiae intercedat. Qui ergo tum paret, jussumque talem, nulla justitiae specie excusandum, exsequitur, non alienus a reatu sed in ea causa est, ut ille ipse utique imputetur, jubens vero ad illum *concurrere* censeatur. De *patre*, alimentorum administrandorum pertaeso, iteratis vicibus filio satis imperiose furtum jubente, aliquando quaesitum imprimis singularem casum ordini nostro oblatum esse memini, ubi filius, *boni* alias *ingenii*, nec ad furandum natus, de facinore convictus, non diffitebatur *executionem* mandati turpis ac specialis repugnante *conscientia* susceptam, sed in *filiali* obsequio verbisque *imperiosis* semel ac iterum repetitis, praesidium quaerebat. Nos, quamvis nexum inter parentes et liberos tantum non esse, quantum milites, vel subditi allega-

re possunt, judicassemus, veniam dedimus, carcerem aliquot dierum sufficere rati, contra filium, qui magis *fato infelici* quam *consilio* in scelus delapsus. Et certe liberi, si caeteroquin bonae frugis sint, tanto liberalius tractandi in ejusmodi casibus, quanto mollius est *filiale* obsequium, *improbitatis* saepe expers, solaque infelicitate correptum. Conf. *supra Qu.* IV. *Obs.* I.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXVII. N. 28.

Receptationis poena ex jure romano. Furum receptatores extra societatem criminis contractam capite non coercendi. Num detur tacita societas?

Pessimum genus *receptatorum* esse fatetur JCtus *in l.* I. *de recept.* Neque enim furta et *spolia* exerceri possunt, nisi sint, qui hospitium tutumque refugium praestant, furesque occultant. Non tamen ideo cum vulgo romanos *eadem* prorsus cum receptis poena receptatores punivisse, dixerim. Ita quidem inferunt *ex l.* I.*ff. de recept. et l.un.C.de rapt. virgin.* Verum prior ex analogia juris ad eos restringenda, qui *societatem criminis* contraxerunt exemplo *l. f.* §. *fin. de abig.* unde, simplices receptatores sola *relegatione* puniri constat, cui conformis *est l. I. C. de recept.* quae solius *corporalis* supplicii meminit. Posterior ad *exceptionem* ob raptus atrocitatem pertinet, regulamque in casibus non exceptis firmat. Videamus autem de receptatoribus furum. Quos, si quidem in criminis *societate* cum furibus fuisse, et a spolio *participasse* constat, eamdem cum iis poenam subire, solo argumento *art.*CXLVIII. *C. C. C.* palam est. An vero ista societas ex *ipso facto* contrahatur, si utraque receptatio et participatio sine ullo alio auxilio conjuncta, quaeri posset? Recte id negat GRANZ. *P.* I. *p.* 535. quia hoc casu non tam ad furandum, quam ad *fugendum, et damni* partem ferendam, auxilium praestitum, nec societas criminis concipi potest, quoties post jam plene *consumatum* delictum conspiratio incipit, FROEL. *P.* II. *p.* 339. *N.* V. Quod si in *antecessum* de receptatione hospes convenerit, et hoc modo calcar addiderit raptoribus, ut eo securius spolia exercere potuerint, sine dubio influit in delictum, et facti secuti concausam constituit, quae ad poenam suspendii sufficit.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXXVII. N. 64.

Emtio rei furtivae judaeis olim permissa, non aeque hodie.

Olim *judaeos* jure singulari pretium solutum a vindicantibus repetere potuisse, *ex Spec. Saxon. Lib.* III. *Art.* VII. constat, quod, nescio, an non ex acquestu judaeorum, ad sola *commercia*, quae olim parum gliscebant, restricto, et ideo tanto magis judaeis, unde quoque demum quid comparaverint, conservando, repetendum. Id autem hodie in abrogatis habendum FRITSCH *de nund.*

C. VIII. N. XXX. postquam auctis et gliscentibus commerciis, non deest judaeis occasio, commode ac caute mercatum exercendi, et sic ratio sufficiens, abstinendi a *promiscua* rerum comparatione *alia* ab his diversa est consuetudo in republica *Francofurtensi*, pro expiscando inter judaeos furto facta, de qua vid. Hertium *proemia* CC. §. III.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXVIII. N. 18.

Usus poenae jus sibi dicentis absque judice.

Utrum haec poena ex constitutione D. Marci in usu hodienum sit, ambigunt interpretes, sed hunc quantum satis vindicavit B. Parens *in diss. de poen. jus sibi dicent. sine jud.* Apud Tyrolenses de non usu testatur Froelich. *P.* II. *pag.* 336. *N.* XV.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXVIII. N. 43.

Rupta reste vel ictu carnificis aberrante, reus non dimittendus.

Ex professo hoc thema excussit de Coccej. *de proport. furt. ac suspend. rupt. laq.* §. XXIV. *seq.* et pro liberando reo pronunciavit. Interim principale dubium quod *rupta reste* sententiae verbis nondum satis factum, removere non potuit. Quae enim et obvertit, quod *metus* et *apparatus mortis* vicem *capitalis* supplicii subire possit, item quod interruptio talis sufficientem aliis *terrorem* injiciat, ad petitionem principii pertinent, et *fictiones*, quarum in foro *criminali* nulla habetur ratio. Idem quoque dicendum, si *ictu aberrante* reus a carnifice *vulneratus*, in terram salvus concidat, vel aquis immersus, *vivus* ex undis extractus, modo judex curet, ut sine *mora* sententiae satisfiat. Alias plus quam credule foret, reum semimortuum, revocillato animo, post tractum temporis ad novum mortis apparatum damnare. Quamobrem in tali specie, ubi judex *moram* indulgendo peccaverat in *benigniorem* sententiam JCti Jenenses apud Struv. *Obs. crim. C.* VI. §. *f.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM LXXXIX. N. 17.

Poena sacrilegii in rebus consecratis capitalis, non arbitraria. Vivi comburium in ciborio ablato inter evangelicos exulat. Quid si reus catholicus fuerit? Quid si evangelicus in territorio catholicorum rem monstrantiam auferens a judice evangelico deprehensus? contrectatio rerum majoris pretii.

Hoc, si est poenam *arbitrariam* demonstrare, actum erit de poenis determinatis, quum vix sanctio poenalis occurrat, ad quam ea, quae corrasit Auctor argumenta, non qua-

drarent. Quanto rectius post Blumlacherum docuit Kressius *ad Art.* CLXXII. *C. C. C.* ex mente imperatoris in rebus *consecratis* surreptis *mortis* poenam locum habere sola clausula *zum Todt* hoc luce clarius evincit, quae nullius usus foret, si in mero *arbitrio* judicis acquiescere voluisset Imperator. Neque obstant verba *nach Gelegenheit der Sachen und Rath der Rechtsverstandigen*. Ea enim lucem capiunt ex *exemplo* Carolinae *de Anno* MDXXI. in quo *concrematio* expressa, postea in exemplo *authentico* deleta, et per supra dictam loquutionem *generalem* tandem temperata, certo argumento, Imperatorem non circa poenam *capitalem*, sed tantum circa *genus* poenae haesisse, idque demum judicis arbitrio reliquisse Bocer. *de furt. Class.* IV. *Disp.* XVI. *Th.* LVI. Crus. *de indic. pag.* 315. *N.* XIII. Clasen *ad not.* CLXXII. §. II. Accedit quod in *Brandenburgica* ordinatione dicatur *Feuer oder Galgen*, ex qua alternativa colligo, mores tum *utramque* servasse, adeoque arbitrium prudentum ad solum *genus* poenae capitalis respexisse. Quid? quod ii, qui arbitrariam mordicus defendunt, fateri cogantur, *liberrimum* esse hoc arbitrium, et plerumque secundum illud poenam ad *mortem* extendi posse, ut ex traditis Leyseri *Sp.* DCXX. *Med.* III. apparet, quod in effectu parum abest, ab ea quam defendo sententia. Fateor dispositionem articuli de furto *hierotecae* extra controversiam esse, reliquam legis particulam de aliis rebus consecratis paulo *dubitanter* poenam definire, regulae interpretandi tamen non ferunt, ut ideo talem interpretationem substituamus, quae mentem et verba tantopere pervertit. Agitur autem in *Art.* CLXXII. *C. C. C.* Ab Auctore in partes vocato I. de contrectatione monstrantiae, eique poena *ignis* statuitur, principiis Catholicorum satis convenienter, cum *transsubstantiatio* gravissimum *haereseos*, *apostasiae*, *laesaeque majestatis* in Deum crimen in sacrilego producat, quod singularem rigorem meretur Tab. Decian. *Lib.* V. *C.* XXXIII. *N.* VI. Ludov. Peguera *quaest. crim.* XXIV. *N.* XVIII. quamvis etiam tum ob *aetatem famem* aliamque *personae* qualitatem temperamenti aequitatem inter catholicos agnoscat Froelich. *P.* II. *p.* 359. Nos, repudiato isthoc fundamento, hanc speciem a reliquis nec quidquam separamus, et sic a rigore poenae desistimus. Beyer *ad h. a. posit.* XIII. quum vinculum obligationis ad leges *Imperii* servandas inter evangelicos non sit ejus efficaciae, ut principia *religionis* vincat quin potius omnium legum obligatio intelligenda sit, salvis *evangelicae religionis* principiis. Certe sola regnante Carolo V. gliscens, et pene consummata reformatio, qua non obstante haec clausula ordinationi criminali nemine contradicente, inserta aliud non evincit. Nam protestantes eam ipsam ob causam, quod ea capita, quae causam *diversae religionis* tangebant, ad se non pertinere plene sibi persuaserant, in admittenda ejus publicatione, diu desiderata, ejusque articulis, sibi non ex omni parte placentibus, indulgentiores fuerunt. Taceo principes evangelicos multa indulsisse inferenda hac lege, cum *pacis* causa, tum ex *praeconceptis* opinionibus, non-

dum penitus purgatis, quae *incuriositas* nobis, meliora de causa rigoris edoctis, fraudi esse nequit. Restringendus itaque hic rigor ad *Catholicos*, Evangelicos non ferit. Usum haec observatio potissimum habet, si *Catholicus* ex *sua* ecclesia in territoriis *protestantium* monstrantiam abstulerit, qui etsi secundum suae religionis principia *gravissime* peccet, nihilominus ex legibus ejus territorii, in quo deliquit judicandus, nec durius habendus, quam ejus generis fures in *hoc foro tractantur*, ne judex secundum *conscientiam*, quam ipse erroneam credit, sententiam ferat, quo ipso per *accidens* fit, ut reus iste *melioris* conditionis sit, sub extraneo quam *suae religionis* judice delinquens. Quid vero si sacrilegus *A. C. addictus* id tentaverit in terris *Catholicorum?* Equidem regula jubet ut reus secundum leges *loci* delictum luat, quo posito *vivi comburium* subit idque subiturum credo, si ibidem per judices Catholicos plectendus est, qui sacrorum suorum vindices acerrimi, non attenta religione diversa rei, esse solent. Melior conditio erit ejus, qui propter hoc sacrilegium *a judice evangelico* in jus vocatus, non quod favori religionis aliquid dandum sed quod regulae *justitiae* ita ferant, quandoquidem *conscientiae* ratio in legibus imperii tantopere commendatur, alias quascunque sanctiones vincit, efficitque, ut obligatio earum ubique sine *offensa conscientia* accipienda sit. Quum ergo ista exceptio evangelicis *prosit*, non *noceat*, ex accidente contingit, ut hunccce reum a rigore absolvat, legemque, de reo secundum *leges loci* delicti puniendo limitet. Quaestio haec non ità pridem mota, dum non ciborium quidem, ast *Mariae simulacrum* ex Dioecesi *Trevirensi* surreptum, in vicinium territorium evangelicum translatum, et male injurioseque habitum, sociis criminis extra Dioecesin a judice *evangelico* in vincula conjectis. Consulti JCti Hallenses, quorum tum temporis Collega eram, ex his principiis pronuntiarunt ut ex facti specie apparet, quam exhibet Knorr *Rechtliche Anmerkungen N.* XXIV. Plane ubi *mixta* religio viget, catholicum contrectatorem ad *rogum*, *evangelicum* ad *suspendium* et sic quemlibet secundum *suam* religionem damnarem, quia jus commune, quod inter utrosque diversum, alio modo exitum habere nequit, neutrum vero utrique reo respondet, et sic in *dubio* illa interpretatio capienda, quae *collisioni* legum proxime obest.

Altera species, de qua cit. art. agit, comprehendit *calices*, *patenas*, quibus opponuntur *cera*, *candelabrum*, *pallas*: illis *consecratio* cum virtute *divina* occulta, his benedictio accedit, ita ut, licet *Deo* non addictae *religio* tamen quaedam singularis iis cohaerere videatur, quibus etiam *simulacra B. Mariae Virginis* aut *Christi* accenseo. Illarum rerum contrectatio ut ante dictum, secundum verba legis capite luitur si vel maxime prima vice commissa fuerit, ut ex jure Bavarico docet Blumlacher *p.* 375. Idque non tantum quia qualitas *consecrationis* concurrit, verum quia ut plurimum *grande* pretium reatum auget. Prior enim ratio sola, quantaecunque virtutis, sit quod mirum, Imperatori sufficere non visa, quia alias fru-

stra *argenteas* et *aureas* res praecise requisivisset, nec epithelon: *tapfere Stuck* adjecisset, quod *Engau in Elem. jurispr. crim. Lib.* I. §. CXXXVIII. *in not.* male ad consecrationem refert, quum respondeat *den guldenen oder silbernen Gefassen*, et opponatur *den geringen Geweyeten*, in qua expositione etiam conveniunt Catholici Bluml. *N.* II. Unde magis Kressio subscribo, textum hunc in modum capienti, ut ad effectum poenae capitalis praeter *qualitatem* simul *pretium* in computum veniat, idque ad minimum V. Ducatos excedat, quod in nominatis speciebus, quae illud semper excedunt, exprimere superfluum fuit. Multo magis id obtinet si praeter consecrationis respectum *effractio* per se odiosa, et capitalis accedat, modo haec in sola violentia non substiterit, sed *surreptionem* comitem habuerit. Id sane appellatio *Diebstahl*, *Dieb* involvit quae cum effectu accipiendae, aeque ac supra de furto rerum profanarum docui. Quare non carpenda sunt verba: *brict*, *gefahrlich aufsperet.* Unde Kressius impedita ablatione, secundum articulum capitis poenam frustra extorquet, et sic revera solam *consecrationis* virtutem sibi adrepere passus est, quamquam ipse contra simplicem violentiam in rebus *profanis* adhibitam, absque secuta contrectatione, pro inferendo furto, antea disputasset ad *Art.* CLIX. *C. C. C.* §. III. Consentiunt inter ipsos Catholicos Blumlacher et Froel. *c. l.* quorum laxitatem in puniendo hoc crimine non immerito mirantur. Damhouder *pr. crim.* C. CXIII. *N.* III. et Tulden *in C. Tit. de sacril.* si Hispanos exceperis, qui quoties res sacra ex loco sacro aufertur, indistincte, nullo pretii habito respectu, *mortis* poenam definiunt, teste Gomesio *var. resolut. T.* VI. *Tit. de furt.* V. *N.* II.

Sequuntur *reliquae* res religiosae, nec tamen consecratae, circa quarum contrectationem, si verba spectes, *diurnam*, sin usum forensem etiam *nocturnam*, judex ad regulas de furto remittitur *Art.* CLXXIV. *C. C. C.* ibique Blumlacher. Ea remissio vero non omni dubio caret si enim res consecratae non nisi habito respectu ad valorem *V. ducatorum*, suspendium merentur, ut antea docui, non apparet, quomodo hic sub remissione ad regulas furti diversum jus, quod tamen statuere voluit, reconditum esse possit. Nam furti cum sacrilegio antea explicato eadem quantitatis ablatae mensura *eadem* prorsus, non *diversae* regulae. Ais; diversitatem in eo esse, quod difficilior sit poenae mitigatio. Ast sic verba finalia: *doch soll etc.* quorum, ut mox ostendam, hic sensus est, frustranea forent, bis idem inculcarent, prae se fert quod vix praesumendum. Nihil itaque reliquum est, quam ut *diversum* jus a furto simplici mutuatum saltem ex mente imperatoris in solo *genere* poenae capitalis sit collocandum, atque unice in suspendio subsistendum, quum e contra ex praxi illius aevi in consecratis etiam *incendium* usuale, arbitriumque judicis adeo laxum fuerit, ut ad hocce genus pro renata poena extendi potuerit. Sic demum patet cur species sacrilegii in hoc articulo ab iis de quibus egerat *Art.* CLXII. *Separata* et ad *novum* principium exacta.

Quid vero sibi volunt verba:

doch soll in solchen Kirchen Rauben und Diebstahlen weniger Barmhertzigkeit bewiesen werden, dan in weltlichen Diebstahlen? Ad leviorem *probationem* facti ea restringi nequeunt, id enim in quaestione de poena potissimum *capitali* periculosum, et regulis juris contrarium foret. Forsan de poena severiori capienda? id visum Wildovgelio *de oblat. quae fiunt per saccuti sonant* C. IV. §. VII. verum non magis hoc effugium, quam prius menti imperatoris congruit, qui horum sacrilegorum *meliorem*, quam eorum de quibus antea actum non *aequalem* conditionem facere voluit, praeterea cum furibus quoad poenam comparavit, quae aequiparatio, posita severiori poena, prorsus periret. Num ista limitatio cum Kressio ad usum poenae *arbitrariae* restringenda, et talis sacrilegus non quidem rarius, quam fur ad *restem* damnandus, attamen facilius ad rigorem progressus fiat in speciebus ad solam *arbitrariam* poenam pertinentibus? Subsisto, quin sic *regulam* traditurus, de solo casu *particulari* edixisset *Imperator* quum tamen quod in *universum in solchen Kirch Rauben*, ut verba sonant, obtinere debeat, non quid in casibus arbitrariae poenae tantum subjiciendis locum habeat, definire voluerit. Tu dic. Imperatorem causas *mitigandi* poenam furto *proprias* hic *parcius* et *difficulter* admittere, atque hanc sacrilegii differentiam a furto istis verbis probare voluisse. Nam vox *Barmhertzigkeit* non de quavis *intempestiva* misericordia, sed de justis et probatis mitigandae poenae causis, quae legalem, eamque veram veniam continent, accipienda est, et ideo praesens interpretatio illi optime respondet. Neque ea, ut *Leyserus c. l. Med.* II. metuit, per *Art.* CLXXV. qui ex professo de *mitigantibus* in hoc crimine agit, subvertitur, quum alia sit ratio causarum mitigantium omnibus delictis *communium* veluti famis, aetatis, mentis imbecillitatis: alia furto *propriarum*, velut *restitutionis*, rerum ablatarum. De illis *cit. Art.* agit, ut verba ipsa et subjuncta exempla docent, de his autem in praesenti quaestio est. Harum, inquam, praxin paulisper temperare, et ne *restitutio* rerum ablatarum aliquid ad poenae remissionem conferret, praecavere voluit legislator. In furto *facillimum* judicem esse debere, supra dixi, hic contra *difficilior* ex mente Imperatoris esse tenetur, ne in universum a furto argumentetur. Interim vox, *weniger* non omne arbitrium excludit. Nam *bona indoles*, *seductio*, *emendatio seria*, si cum spontanea restitutione conjuncta et jam hic aliquando profutura est Harpr. *Resp.* XLV. *in fin.* His principiis mens tum praesentis articuli, tum aliorum de sacrilegio agentium absolvitur, quam stricte sequuntur *Catholici.* An inter *Evangelicos* idem obtineat merito quaesiveris? Plerique interpretum, si paucos ex recentioribus exceperis, hos ab illis non distinguunt quos tamen ob *diversa religionis principia* distinguere, par erat. Enimvero inter evangelicos expeditum est, cessare cum consecrationem, tum benedictionem; exulem esse sanctitatem rerum sacrarum *internam*, solamque *externam* iis superesse, quae in simplici *venerationem* et singulari inviolabilitatis gradu consistit;

res sacras dici non a *consecratione*, quam in sensu ecclesiae romanae ignorant, sed a solo *usu*, qui speciem religionis iis conciliat, aeque ac *residentias principum* ob venerationem principi debitam sanctas vocante. Cessante itaque ratione, cessare quoque debet, quae in hac fundatur, poenarum distributio, ipsumque sacrilegium, qualecumque fuerit, tanto certius ex solis regulis *furti* aestimatur, quanto magis conclamatum est, poenam furti capitalem ob *acerbitatem* suam, sola hic in censum veniente sanctitate *externa*, intensione haud indigere. Unde quidquid de furto qualificato, magno, vel tertium illato in quaestione de poena capitali antea proposui, ad sacrilegium simpliciter applicandum, quod etiam agnoscit Brunnem. *de proc. inq. C.* IX. *N.* LXXVII. Stryk. *ad* Lauterb. *Tit. ad l. Jul. pecul.* Kress. *ad Art.* CLXXIV. §. II. Lyncker *Dec.* CXXIV. Clasen et Ludovici *ad hunc articulum*, conferatur *dissertatio* posterior mea *de variis sacril. special. ex ment. jur. Can.* §. XIV. Facilius usum *minoris misericordiae* paulo ante explicatae, agnoscimus, quidquid ob ignoratam inter nos consecrationem statuat Kress. *ad Art.* CLXXIV. Falsum enim, eam unice deberi *consecrationis* conceptui, quum sola *externa* sanctitas, quam nos rebus sacris tribuimus, eam satis tueatur; nihilque tam naturale sit, quam ut, quo major sanctitas rebus inhaeret, tanto delicatior sit judex in poena violatoribus remittenda *Residentias* principum, si quis ausu temerario violaverit, *parentibus*, quum quis injuriam intulerit, ubi de vindicta quaeritur, *stricte* leges sequimur, *veniae* et misericordiae raro locum damus, idque optimo jure. Nam recta ratio nobis *sanctitatem* et *venerationem singularem*, quae injuriam improbitatemque auget, utrobique in mentem revocat. Eadem intercedit in vindicanda improbitate furtivi sacrilegii. Quid ni ergo mitigantia hic aeque constringeremus, et salvis principiis nostrae religionis minorem misericordiam regulis justitiae quam maxime convenire diceremus? *Conf. cit. dissert. c. l.* contra Kressium.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM LXXXIX. N. 22.

Sensus Speculi Saxonici.

Utrum citatus textus ad sacrilegos simplices, qui furtive, et clam res sacras surripiunt, pertineat, non satis expeditum est. Loquitur enim *von Raubern*, qui per vim quid auferunt, et ob duplicem *violentiae*, et *furti* reatum graviorem poenam merentur. Equidem eumdem rigorem servat *Speculum Suevicum Cap.* XIV. et clarius verbum: *stiehlt* substituit, sed editiones non convenire, nec *crurifragium* repeti in Meischnerianiа et Schannatiana, observat Heineccius *Jur. Germ. T.* II. *Lib.* II. §. LII.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM LXXXIX. N. 32.

Contrectatio eleemosinarum pure ad regulas furti exigenda.

Hunc rigorem non agnoverunt Wittebergenses JCti apud Wernherum *P.* III. *Obs.* VIII. quia *eleemosinae* proprie sunt res *ecclesiasticae*, non stricte sic dictae *sacrae*, quae *immediate* cultui divino inserviunt, licet aliquando aliter senserint apud Hornium Class. XV. *Consil. N.* IX. Multo minus *extra Saxoniam* haec species sacrilegii ab aliis separanda, aut in ejus vindicta a regulis furti simplicis recedendum. Non enim majorem religionem habent conjunctam conditoria eleemosinarum, quam aliae res benedictae, propter quas tamen lex Carolina, ut antea dictum, judices ad regulas furti simplicis remittit. Neque rigorosior est Carolus V. in *Art.* CLXXIII. quo speciatim de his edixit. Hac speciali lege enim tantum ideo opus fuit, ut dubiis occurreret, quae judicem ex *sanctitate* eleemosinis vulgo tributa, in transversum agere possent. Quodsi *per vim* cista effracta, dubio procul suspendio locus est. Wildvogel *de eo quod justum est, circa saccul. sonant. p.* 43. Alioquin ex *quantitate* ablata poena commensuranda, licet, ut verum fatear, plerumque illa *incerta* sit, nec semper constet, quanta pecuniae summa in isto receptaculo recondita fuerit, adeoque *corpus delicti*, quod furtum magnum supponit, ordinarie *incertum* maneat. Id autem in applicatione judicem dubium reddit, ut vix ac ne vix quidem ad poenam capitalem procedat, ceu recte observat Leyser. *Sp.* DXXXV. *M.* XXI.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM LXXXIX. N. 55.

Causae poenam sacrilegii exasperantes.

In aliam sententiam transit Froelich. *c. l. N.* III. quod improbitas major sit in sacrilegio quam in furto simplici. Imprimis *exasperationem* in contrectatione ciborii probant Catholici, si ea vel *iterata*, vel ciborium *Judaeis* venditum, vel ad alios *superstitiosos* usus applicatum. Peguera *c. l. N.* XXI. Otto *c. l. pag.* 282. Cyriac. *controv. foren.* CDXXXV. *N.* I. Unde hic casibus membrorum prehensio *ferro candente* vivicomburio jungitur, jure austriaco, teste Froelichio *c. l.* Mihi cum auctore poena suspendii satis atrox videtur, ut augmento quodam non indigeat.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM LXXXIX. N. 66.

Fames, aetas, personae conditio mollioris poenae argumenta.

Causae, de quibus hic agitur, non furto aut sacrilegio sunt propriae, sed omnibus delictis communes. Nam

etiam *famis* exceptio, in casu necessitate, leges tollente, fundatur. Nominatim *aetatis* miserationem habent in sacrilegio Bocerus *de furto C.* II. *N.* X. *Thesaurus Lib.* I. *Qu.* LXXX. *N.* XXIV. Peguera *c. l. N.* XXI. Decianus *Lib.* VI. *C.* XXXV. *N.* XLVI. Idem quoque circa *personae* qualitatem, si fuerit integrae opinionis nec solita delinquere, observant Peguera *c. l.* et Boerius *Dec.* CLIV. *N.* XIV.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM LXXXIX. N. 75.

Ignorantia qualitatis sacrae contrectatori prodest.

Circa sacrilegium in loco *privato* commissum nil habeo, quod moneam, praeterquam quod distinguendum sit, utrum reus rem ablatam *extra Sacrarium* repertam, sacram esse *sciverit* nec ne? Nam sacrilegium utique *scientiam* hanc desiderat, quia sine hac intentione rem sacram auferendi, quae ad *formam* sacrilegii pertinet, sacrilegium concipi nequit, ut jam observavi in *dissertatione posteriori de var. sacril. specieb. ex ment. jur. Can.* §. XIV. unde audiendus reus, qui hac *ignorantiae* exceptione se tuetur, quae, etsi in poena capitali, quae in rebus profanis et sacris eadem, vix quidquam mutet, usum tamen in quaestione de *minore misericordia*, solis sacrilegis proficua, habere et efficere potest ut, si contra reum tanquam sacrilegum procedendum, is, ex quo de scientia rerum ablatarum convictus, difficulter a poena capitali liberandus sit, quemadmodum in genere de sacrilegis paulo ante dixi.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XC. N. 10.

Notio rapinae. Differentia a furto qualificato. Accidentalis resistentia furis in rapinam non degenerat.

Hactenus bene. Majoribus dubiis involutum, qua ratione *rapina* differat, a *furto qualificato*, quod aeque *vim* supponit. Proponit hanc quaestionem Kressius *ad Art.* CXXVI. *C. C. C.* §. IV. *Not.* III. seque non satis distinguere posse rapinam *in aedibus* privatis illatam a furto *qualificato*, adeoque illam ad *viam publicam* restringere se malle, profitetur. Negat hanc differentiam Auctor noster in fin. hujus Qu. et utrobique reum in rapinam incidere defendit, idque optimo jure. Nullibi tamen de differentia furti qualificati, et rapinae distincte agit. Etiam reliqui interpretes segniores sunt in eruenda vera rapinae notione, sed plerumque acquiescunt in sola professione, rapinam per *vim fieri*, quae tamen, quia nimis generalis, et furto qualificato aeque propria est, non sufficit, nec judicem certum reddit, utrum *suspendium*, quod in *furto* qualificato obtinet, an *gladius*, qui *rapinam* coercet, casu occurrente locum habeat? Ego quod pace aliorum dixerim, distinguo, utrum metus *personae*, cui quid aufertur, sit illatus, an solis rebus vis facta, aut proxima tantum saltim *suspicio* eju-

smodi violentiae cum contrectatione concurrat? *Priori* casu rapinam, *posterioribus* furtum qualificatum agnosco. Fateor, leges non satis qualitatem violentiae distinxisse, analogia juris tamen mihi sufficere videtur, ad determinandum, quae violentiae species in rapina subintelligenda sit. *Jus romanum* distinctionem inter furtum simplex et qualificatum ignorat, adeoque frustra ibi praesidium quaesiveris. Hoc solum suggerit, quod rapina per *vim*, et sic *palam*, furtum vero *clam* committatur *l.* 2. §. I. *vi bonor. rapt.* adeoque utrumque crimen essentialiter distinctum sit. Eamdem notionem servat jus *Carolinum*, quod ad furtum qualificatum *vim* refert *Art.* CXLIX. separatim de rapina *Art.* CXXVI. agit, sed in sola denominatione *der Rauber* acquiescit, illud suspendio, hoc gladio coercet. Haec *distincta* consideratio vero arguit, ex regulis interpretandi in tali violentia utrobique subsistendum esse, quae vere differt a furto qualificato, et *confusionem* utriusque delicti, quam Imperator praecavere voluit, impedit. Quumque ipse Carolus in describendo furto *qualificato* vim metumque eidem proprium satis determinaverit, in *rapina* non aeque, non potest non ex cognitione illius, quae ad rapinam pertineat, colligi, et suppleri. Nimirum qualificatum sit 1.) *effringendo* 2.) *ascendendo* 3.) gestatione *armorum*, quibus inferri vis potuisset, *damit er jemand, der ihm wiederstandt thun mochte verlezeu eingehet*, ubique ergo id delictum absolvitur, *clandestina* ablatione, *palam* non fit. Et in priori quidem specie vis infertur, sed unice *rebus*, in reliquis proprie nulla vis, nullus metus, *reapse* illatus supponitur, sed sola *suspicio* violentiae occurrit, nec id primario agitur, ut vis *personis* inferatur; sed sola *intentio* adest clam, si fieri potest, rem auferendi, ipsa praeparatio vero ad vim mere *eventualis* est, ad solum casum resistentiae restricta. Haec, inquam, est natura furti qualificati, ut leges ipsae evincunt. Quae ergo vis superest, ut ad rapinam relegari possit? Repono ea, quae 1.) *palam* 2.) *personae* fit, sive quod resistenti quid auferatur, sive quod ablatio non quidem resistente altero, sed cum *actuali* metu, et *propositione* mali *majoris* non sola suspicione conjuncta sit. Ita vero rapina nunquam clam perficitur, sed semper *inspiciente* eo, cui ablatio facta, nec unquam sola *suspicione* violentiae, sed semper *vi*, vel *propositione mali praesentis actuali* hoc modo praemeditata; non effractione rerum, sed sola vi *personae* illata committitur. Quibus suppositis omnia sunt plana, nec violentiae species superest, quae personae illata, et tamen ad rapinam restringi posset. Nam quod rapina ex sola vi in *via publica* illata aestimanda sit, gratis asseritur, ut infra docebo. Unicum superest dubium, quid dicendum sit, si fur armis aedes ad furandum tantum clam ingrediens, resistenti vim *reapse* ex post facto infert, utrum tanquam fur qualificatus *suspendio*, an tanquam raptor *gladio* facinus luat? Hic enim qualitas utrique propria concurrit. Ego pro *furti* reatu et *suspendio* responderem. Nam *primaria* intentio, ex qua omnis actus aestimandus ad furtum qualificatum fuit di-

recta, hic vero ex post facto per *accidens* in vim persona illatam seu rapinam degenerasse videtur. Et quum furtum ex poenae qualitate sit delictum majus rapina minus Froel. *P.* II. *p.* 380. in dubio ea poena quae illi propria, et minorem absorbet, eligenda.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XC. N. 29.

Poenae rapinae capitalis non ex circumstantiis l. 28. de poen. aestimanda Dissensus Dd. Aggravatio ob circumstantias singulares.

Etiam hic auctori subscribo, neque cum iis facio qui ad effectum capitalis poenae. 1.) *arma*, 2.) *iterationem* 3.) in via *publica* vim illatam requirunt, cessante vero alterutra circumstantia, in sola poena *extraordinaria* subsistunt, quorsum refero imprimis JCtos Tubingenses, Grass. *in collat. Rec. imper. cum ordin. crim. p.* 705. Harprect. *Resp.* LXXXI. *Cons. Tubing.* LXXX. *Vol.* V. Leys. *sp.* DXXXV. *Med.* XXIII. Fab. *in C. Lib.* IX. *Tit.* XXIV. *Def.* VII. qui rationem decidendi in provocatione Imperatoris ad jus *romanum* collocat, et ideo articulum CXXVI. *C. C. C.* ex l. *cit.* 28. explicandum esse perhibent; verum, si recte textum inspexeris, apparet, imperatorem, dum in parte *definitiva* ad jus *romanum* se remittit, non tam circa poenam capitalem haesitasse, quam unice de *genere* mortis ob mores germanorum diversos sollicitum fuisse. Quomodo enim de ista dubitare poterat, quum eamdem mores probassent *J. P. S. Lib.* I. a XIII. quos postea non interruptos esse constat? Sola sane *diffidationis* licentia contrarium non evincit, a qua *rapina* multis modis differebat. Illam *denunciatio* permissa licitam ac honestam reddebat. Huic *omissa* clarigatio nomen dabat, cum perpetuo *reatu* capitali, ut scriptor saeculi XV. Henricus Bebelius *in facetiis fol.* CIII. illustri exemplo docet. Istaec differentia ignota esse non potuit imperatori, adeoque erant, qui cum Leysero *cit. Med.* VIII. Carolum ob illam *honestatis* opinionem circa poenam rapinae fluctuasse, existimant. Hoc si fecisset, profecto verbis, *doch am Leben* usus non fuisset, quae contrarium potius, et quod circa poenam capitalem prorsus non haesitaverit, confirmant. Quae cum ita sint, scrupulus ad solum *gennus* poenae capitalis restringendus, quod etiam historiae congruit. Enim vero usus olim non tantum *gladium*, sed alicubi *suspendium* invexerat. Utriusque poenae meminit Tenglerus *in libro MD. impresso den Layen Spiegel. P.* III. *a* X. imo utramque poenam ex pristino more adhuc retinuit ordinatio *austriaca* teste Froelichio *c. l. p.* 375. Hunc dissensum ut tolleret Imperator, gladium, quem jus romanum cum glossatoribus minabatur, at, per modum *regula praescribit*, suspendium vero, vel si quod alias capitale supplicium pro more regionum alicubi obtinuit, simul probat. Ultra hoc caput ergo remissio ad jus romanum non extendenda, caetera omnia vero in hoc articulo ex principiis ju-

ris *germanici* explicanda, quibus tenaciter inhaesit Imperator. Agnoscunt id reapse interpretes, dum securitas *publicae* violationem omne punctum hic ferre contendunt. Uti vero haec a supra scriptis *conditionibus* unice non pendet, sed a sola *vi* privatis illata; ita in capitali supplicio nil mutandum, sive de concursu istarum circumstantiarum constet; sive non Beyer. *ad hunc Art. posit.* V. Berger. *El. crim. p.* 65. Neque aliud aequitas, aut horror poenarum capitalium inferunt. Utriusque enim intempestiva est allegatio, ubi solius *salutis publicae* laesae, quae rigorem utique postulat, ratio habetur. Et tamen in utraque solum praesidium quaerit Grassius, qui ea correptus, mitiorem sententiam defendit, ipse tamen contrariam, quam in praesenti tueor, literae legis convenientiorem esse judicat *c. l. p.* 701. 705. Facilius in casu *l.* 28. vel ubi rapinae gravis *vulneratio* accessit, vel illa velut *ars* exercita, aut rapina in *dominum* commissa, aut singularis *conspiratio* accessit, exasperationem admitterem, ut reus *trahae* impositus per plateas ante supplicium trahatur, vel cadaver post illud *rotae* imponatur, ut recte docet Leyser *Sp.* DXXXIX. *Med.* XIII. Froel. *p.* 380. quidquid alii cum Auctore ob defectum legis dispositionis in contrarium statuant. Berg. *c. l. p.* 65.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XC. N. 70.

Spinae de malo futuro concussionem, non rapinam constituunt. Nec malum praesens, nisi principaliter ad spolium directum. Nulla in dormientem rapina.

Si fundamentum capitalis supplicii inviolata securitate publica, uti par est, collocatur, cum praemissae ampliationes, tum haec, prono alveo sua veritate constat. Circa illas tamen observo, leges austriacas multum indulsisse restitutioni rerum ablatarum Froel. *P.* II. *pag.* 377. Circa hanc consentit Stryk. *U. M. Tit. vi bonor. rapt.* §. V. quamvis in *Franconia* res ex *arbitrio* judicis pendeat, teste Kirchgesnero *p.* 523. Ego interesse puto, utrum malum *praesens*, an futurum proponatur? illo casu in *rapinam*, hoc in *concussionem* degenerat, veluti si quis accusationem aut testimonium praejudiciale alteri minatus fuerit. Imo ne malum praesens quidem sufficit, si intentio rei *principalis* ad *spolium* non fuit directa, quorsum speciem de milite pudicitiam attentante, refero, de qua Kress. *c. l.* §. IV. *in not.* Hanc eripere voluerat reus in casu, de quo ipsi quaestio est, res ipsas, non invite sed *subdole* subtraxerat, licet postea cum iis, fine non obtento, *aufugisset*. Aliud enim est *astu*, aliud per *vim* aut *metum* res intervertere, prius simplex furtum constituit, quorsum etiam refero, ubi *dormienti* quid ablatum,

quod nulla vi sed callida contrectatione fit. Beyer. *hoc loco Posit.* XIV.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XC. N. 77.

Rapina ad viam publicam non restringenda. Coadunatio hominum hic non desideratur?

Loci non haberi rationem, recte Auctor defendit. Nam securitas plena non magis *viis regiis,* quam *aedibus privatis* debetur, nec minor audaciae gradus, quem ostendunt, qui in aedibus privatis vim inferunt, violationem securitatis minuit, quum solus *dolus* malus ad eam sufficiat. Accedit quod *Rauber et Strassen-Rauber* usu loquendi distingui soleant. Imperator posteriorum non meminit, sed priorum, vix autem verisimile, eum nihilominus de posterioribus tantum disposuisse. Consentit Froel. *c. l. p.* 378. Lynker *Dec.* MCLXXXIV. Quod vero *Auctor N.* LXXVIII. ad spolium in aedibus commissum vim *ingentem* et *hostilem,* quam Grassius *p.* 714. de *coadunatione* hominum interpretatur, requirat, probare nequeo, quum securitas publica etiam ab *uno* homine, malum grave, ac praesens inferente turbari possit, in quo merito subsistendum.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCI. N. 13.

Violenta permutatio ad regulas rapinae exigenda. Lucrum imaginarium sufficit. Permutatio violenta sine lucri intentione.

Duo sunt momenta, rapinam fundantia: *contrectatio* rei lucri causa, et *vis.* Utraque permutationi violentae ordinarie inest; ergo de universali veritate, hic asserta, maxime dubitandum. Distinctio Auctoris ab aequalitate rerum permutandarum, desumta, quam probat Mevius *ad jus. Lub. Lib.* IV. *Tit.* II. *a.* I. *N.* XIV. parum stringit, quum rapina etiam in re minima committatur, *actuale lucrum* vero in computum non veniat, sed sola intentio lucri spectetur. Haec autem vix abesse potest a rapina, quum is, qui rem alienam praeoptat, lucrum et commodum, licet tale reapse non sit, sibi *imaginetur* et hoc motus, violentam permutationem suscipiat, consequenter quantum *in se* est, veram rapinam committat, aeque ac is recte *latro* dicitur, qui ob *imaginarium* lucrum hominem occidit. Froel *p.* 377. Nec Brocardicum *N.* X. allatum, verum est, ut dudum alii observarunt. Multo minus in hac specie, quae dicitur, sed ob defectum *consensus* non est, permutatio usum habet, imo si haberet, ipsam Auctoris distinctionem *N.* XIII. propositam destrueret. Unde in regula a juribus rapinae ordinariis non recedendum, quam etiam agnoverunt,

et poenam capitalem violento *permutatori* imposuerunt, narrante Granzio *in Saxonia Lib.* X. *C.* XXX. Si quid veritatis paroemiae inest, id in *causa* concambii *probabili*, a lucrifaciendi cupidine evidenter aliena, quaerendum, ut recte ratiocinatur Kress. §. II. *N.* II. veluti si ob delictum aufugiens ne noscatur, tuendi sui causa vestes suas cum alienis ita commutaverit. Idem juris si concambium merae *petulantiae* causa susceptum, ut inter amicos, et studiosos in academia nonnunquam fit. Neutro casu spes lucri concurrit, adeoque merito in poena *extraordinaria* subsistendum, quae relegationem vix egreditur. Neque aliud statuerem, in casu quoties ex justa et legibus probata causa permutatio tentata veluti ob veram *famis* necessitatem. Licet enim haec furtum excuset, non tamen rapinam penitus absolvit, in qua ob *vim* concurrentem, semper *excessus* latet. Sed aliter de hac posteriori specie sentit Auctor *N.* XLVIII. B.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCI. N. 47.

Spolium a tertio perpessum rapinam contra innocentem non probat. Rapina in bannitum vel relegatum commissa.

In proxime praecedente casu speciosa defensionis allegatio reo omnino prodest contra poenae rigorem. Ea autem in praesenti omne officium perdit, quum nulla juris ratio probet, ut factum unius tertio innocenti praejudicet, praeterea invasio innocentis ob damnum a tertio perpessum, nullum colorem habeat. Hoc ipsum jus, quod recta ratio probat, praetextu causae bestialis evertere non licet.

Magis mitigantibus accenseo, quum quis *bannito* per vim quid abstulit. Licet enim non sine colore exclusio ejus a *securitate publica* per bannum allegetur, ea tamen tantum jus confert *manus* injiciendi, reumque *judicio* tradendi quo non facto, sine excessu spolium haud committitur, extraordinem puniendum. Idem ad spolium ejus, qui praestita *Urpheda* relegatus, extendit Kress. §. V. not. V. quum justitiae zelus et probabilis causa, quae contra hunc de facto reversum, allegatur, utique a dolo graviori excuset nec praedicatum *eines boshafftigen Raubers* ei proprium sit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 5.

Justitia vel injustitia montium pietatis.

Justitia *montium pietatis* unice dependet ab eorum fine, et legibus, quibus a fundatoribus circumscripti. Ille si sublevationem *indigentium*, usum *commerciorum* vel similis instituti publici promotionem concernit, nihil est, quod iniquitatis erectioni montium affingi possit. *Omnino enim interest ait* Mollianus *de usur. usum aliquem aeris alieni cuivis patere promiscuum et commercium ejus pacabile tum ad negotiandum*

quam inopinatis casibus occurrendum. Hae si debitores haud gravant, sed modici ac in jure permissi foenoris rationem habent, non magis instituto huic notam inurunt quam privatis negotiationibus sub iisdem conditionibus toleratis. Unde non tantum ii montes laudandi, qui quondam a *pontificibus* in usum egenorum erecti, et tanquam opus meritorium promoti, de quibus late egit B. PARENS *J. E. Tit. de usur. in fin.* verum etiam qui postea sub lege usurarum ad omnium etiam divitum utilitatem constituti SALMASIUS *de usuris p.* 676. Econtra si emungendo civium patrimonio inserviunt, vel *durissimas* leges iis qui ad hanc sacram anchoram confugerunt, imponunt, et impio *foenore* conquinati, magis ad perniciem debitorum adornantur, nec *injustitiae* et *impietatis* labem effugiunt. Cujus generis potissimum sunt, in quibus mutuum non nisi ea lege datur, quam ut *pignora* accepta, quorum pretium et aestimatio multum sortem solutam excedit, mora in solvendis sorte vel usuris facta, in *commissum* cadant. Nam hoc pactum velut usurarium merito a legibus etiam in negotiationibus privatis reprobatum est *l. f. C. de pact. pignor.* Cavendum itaque, ne solo odio usurarum et rationibus ab inepta persuasione de injustitia usurarum in genere desumtis judicium corrumpamus quod pluribus contigisse video, qui in examinandis montium generibus, plura sibi obrepere passi sunt, ad reprehendenda haec instituta, quae ultimo ex allegato fonte fluunt. Vivimus in republica, quae negotia usuraria probat, iisque certos *terminos* ponit. Absonum itaque est, in hoc rerum statu praeconceptis opinionibus post semel profligatas antiquas juris canonici fabulas, forum confundere. Quam justitiam leges improbandis et cohibendis usuris *generatim* agnoverunt, eadem quoque his institutis merito convenit, quum ratio *utilitatis publicae* quae moderatur usuras, ubique salva manere debeat. Si quod vitium usuris proprium, unice ad *excessum* restringendum, isque ab his institutis merito fugiendus. Plura de his habet PAULUS JACOBUS MARPERGER et RUDOLPHUS CHRISTIANUS GOECKEL *de mont. pietat.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 21.

Usurae semisses conventionales permissae.

De usuris morae expeditum est, eas ultra *quincunces* non probari. Magis dubium, an haec definitio etiam ad *conventionales* trahi queat? plerique hoc asserunt, novaque lege id per *Rec. de Anno* MDCLIV. §. CLXXIV. definitum fuisse perhibent, mores tamen passim in Germania contrarium docent, et *semisses* tolerant, teste KOEPPENIO *Dec.* XXII. *N.* XIV. et STRYCKIO *V. M. tit. usur.* §. II. Neque alia mens allegatarum legum Imperii quas nullam regulam *universalem* comprehendere, sed ad casum *specialem* debitorum bello *tricennali* ad incitas redactorum pertinere magno cum eruditionis apparatu docuit DE MEYERN *von Rechtmassigkeit des 6 ten Zins-Thalers.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 27.

Nullitas negotii usurarii quomodo accipienda sit?

Haec nullitas non absoluta, sed respectiva est. Licet enim verba *cit. Rec. Imp.* eam *indefinite* minentur, constat, tamen ordines Imperii contra solam *foenoris* impietatem calamum stringere voluisse, cui praeter alias poenas definitas, sufficit nullitas *pacti usurarii*. Reliqua omnia capitula conventionum salva, ac intemerata manent, quum utile per *inutile* non vitietur Gail. *Lib.* II. *Obs.* IV. *Vid. Vol.* II. *Cons. Tubing.* CXL. *N.* XXXVI. Accedit quod ipsa constitutio foeneratorem sola amissione *quartae* partis sortis coerceat, *residui* petitionem non impediat, certissimo judicio, eam de *totali* annullatione vix cogitasse.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 34.

Rarior usurariorum poena.

Tot tela in usurarios vibrare, num salva justitia liceat, et an moris sit hodienum, facile definitu, si leges, earumque historiam cum usu forensi contuleris. *Infamiae* poenam soli *anatocismo* scriptam, patet a Diocletiano *l.* 20. *C. ex quibus caus. infam.* a Justiniano non repetitam, cui sola nullitas sufficere visa, *l.* 26. *C. de usur.* ut dubium, utrum ipsius aevo durior coercitio obtinuerit? Reliquae poenae debentur juris *canonici* nimio Zelo, vel certe ejus principiis incaute adoptatis in Germania, quae probat usuras, nec iis carere potest. Nulla ergo ratio superest, nec ex jure Romano, nec ex jure Germanico, ob quam, ejuratis antiquis fabulis, ad truculentiam sit provolandum. Durissimum omnino, uni delicto triplicia poenarum genera statuere. Unde rarissima est harum poenarum praxis, maxima vero usurariorum turba rerum *judicatarum* auctoritate se tuetur, denique exempla quae *nullitatem* negotii excederent nulla, aut certe paucissima.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 46.

Anatocismus ad usuras particulariter solutas non pertinet.

Si de *littera* legis quaeritur, res clara, si de *praxi*, valde dubia est. Plerique enim in usuris *particulariter* solutis *l. cit.* 10. sequuntur, non attenta *Nov.* CXXI. cui sententiae manifesta *aequitas* suffragatur, quum creditor usuras tanquam *fructus* pecuniae suae sine majori debitoris molestia optimo justoque titulo perceperit, *poenas* autem pro *officiosa* sortis dilatione ferre nequeat, id quod tamen fieret, si excessus in sortem imputandus esset. Ita sentiunt Brunnem. *ad l.* 10. *C. de usur.* Stryck. *de cautel. contr. S.* II. *c. l.* §. XXVIII. Surdus *Vol.*

III. *Cons.* CCCII. Hahn *ad Wesenb. tit. de condict. indebit. N.* IV Joh. a Sauden *dec. Fris. Lib.* III. *Tit.* XIV. *def.* V. Contrarium operose defendit Tabor. *de alter. tant.*

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 54.

Usurae ultra alterum tantum lite contestata currunt. Civitates et piae causae ab anatocismo liberae.

Parum praesidii habent, qui *ad moram* in hac et antecedente limitatione confugiunt, quum leges ad hanc nullibi provocent, alioquin vero interpellatio, quae moram inducit, illas facile eludere posset. Rectius in *quasi contractu* litis contrectationis, et auctoritate *rei judicatae* unde *nova* causa debendi oritur, fundamentum collocandum cum Mevio *P.* VII. *Dec.* IV. *conf. Vol.* I. *Cons. Tubing.* LVIII. *N.* I. quorsum tendit sententia Pauli *in l.* 35. *de usur.* Neque aliud evincit quod Leyser *Sp.* CCXLVIII. *Med.* XVII. obvertit, usuras lite contestata currere quidem, sed id de *termino* lege definito non de cursu in *infinitum* capiendum esse. Nam ad talem usurarum cursum nec Paulo litis contestatione nec Triboniano Auctoritate Pauli opus erat, sed sola mora sufficiebat. Dum ergo uterque cursum ex litis contestatione repetit, de casu *extraordinario* utrumque sensisse oportet, qualis est, de quo in praesenti loquor. Huic limitationi addo aliam, quam *Nov.* CLX. suggerit. Ibi enim Justinianus a lege, quae alterum tantum prohibet civitates excepit, ne sors earum depereat et opera publica labefactetur. Quae ratio, quum *piis causis* quam maxime conveniat, effecit ut ad has istoc beneficium prolatum fuerit a Mev. *P.* VI. *Dec.* CXXXVI. Tabore *de altero tant. P.* III. *a* VII. §. V. Utcunque sit, ego nec his nec illis jus hoc aliter communicandum censeo, quam si debitor *solvendo* fuerit. *Concursu* enim moto, palam est *creditorum*, qui de *damno* vitando agunt, meliorem esse conditionem, et pro illis allegari posse, quod privilegia ita accipienda sint, ne tendant in *praejudicium tertii*, Stryck. *de interpret-privilegior.*

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 58.

Usurae per modum ejus quod interest ultra alterum tantum peti nequeunt.

Hunc fucum non agnosco, quum in casibus *certis*, seu ubi certa quantitas aut species in obligatione est, usurae alterum tantum excedere nequeant. Non autem de usuris quaeri potest, nisi de sorte, quae in certa quantitate consistit, agatur. Late et solide id deduxit Wernh *P.* III. *Obs.* I. Varias in hanc sententias collegit Fromman *de anatocism.* §. XVI.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 85.

Tutor an usuras usurarum solvat?

Sive de *tutore*, sive *extraneo* quaestio sit, praesens exceptio vacillat. Nam per utrumque personae *debitoris* mutatur, usurae naturam *sortis* inducunt, ex qua aliae usurae licite petuntur, vid. Mencke *de tut. ad usuras usurarum pupillo obligante.*

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 66.

Anatocismus conjunctus et separatus.

Vulgo anatocismum in separatum et conjunctum dividunt: ibi pro debitis usuris, tanquam nova sorte, separatum conficitur chirographum, hic usurae sorti tecte immiscentur. Neuter sine cavillatione a *l.* 28. *C. de usur.* eximi potest, prior enim, dudum prohibitus non indigebat nova prohibitione, interim *foeneratorum* nequitia effecit, ut denuo de anatocismo ediceretur, quod potissimum factum propter *conjunctum*. Interim in Pomerania et Megapoli separatus probatur, Mev. *levam. inop. debit. C.* IV. *S.* VI. *N.* XXX. *et P.* IV. *Dec.* CCXIII. Imo ordo Hallensis probavit conjunctum, quoties debitor inde damnum non sentit, apud B. Parentem *T.* II. *Dec.* CDXLIV. *N.* VIII. vid. Fromman *de anatocismo Th.* XXXII.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM XCII. N. 95.

Usuraria pravitas tecta. Mohatra Usuraria pravitas in principem commissa. Ad emtionem non pertinet.

Saluberrimae hae definitiones eo magis necessariae fuerunt, quo frequentior jam olim fuit praxis usuras illicitas sub specie *legitimi* commercii palliandi. Quocunque ergo nomine vel *titulo* id fiat, modo *fraus* legibus quaesita, usuraria *pravitas* erit, poenis harum legum vindicanda. Unde nec sub specie *donationis remuneratoriae*, nec sub praetextu *alienae* pecuniae mutuo datae nec sub allegatione *sponte* oblatarum illicitarum usurarum, nec sub fuco *poenae conventionalis* licite contrahi, docuit Leys. *Sp.* CCXLVII. *Med.* II. III. IV. VII. Appellatio ejus quod *interest* hoc posteriori casu ad fucum pertinet, quia interesse ex lucro *futuro* cessante et damno emergente dependet, et sic in antecessum salva *l.* 15. *C. de usur.* determinari nequit, quod tamen fit, per poenae adjectionem. Pertinet quoque huc negotium ad eludendum *SCtum Macedonianum* inventum, quod *mohatra* dicitur, de quo speciali opusculo egit Zigler. Idem dicendum de *honorario* praeter usuras in stipulationem deducto. Neque haec et similia mutat qualitas *personae* qua cum contrahitur. *Chri-*

stiani pariter ac *judaei* his legibus tenentur Lyncker *Consil. Altorf.* XXXVI. Multo minus interest debitor *privatus*, an *Princeps* fuerit, sed *creditor* cum utraque paciscens usurariae pravitatis reus fit. Rivin. *de privat. in Princ. usur. prav. reo.* Male vero ista labes extenditur ad honoraria *sponte* a debitore creditorii, non petenti, oblata, quae nullo vitio injustitiae laborant, docente Wernhero *c. l.* Talia enim nec verbis nec ratione legum continentur. Multo minus extra mutuum ad *emtionem* extendi potest, quoties venditor in compensationem pretii tardius soluti sub nomine ejus quod *interest*, ab emtore quid accepit, ut ex professo docuit B. Parens *J. E. tit. de usur* §. XXXVIII. Neque aliud obtinet in emtione sub *pacto de retrovendendo*, quam vulgo ad *mutuum usurarium* inclinare existimant, ut Auctor in f.observat, cui dicam scripsit B. Parens *c. l.* §. XL. Totum hoc negotium in se honestissimum est, et ad regulas *prudentiae* pertinet, pro declinando onere rationum redditionis de fructibus in *antichresi*, adeo, ut ne *pacto* quidem, quo venditor sibi periculum reservat, vitium insit, vid. Thomas. *de inconvenient.pact.antichret. cum emt. sub pact. de retrovend.* Denique observandum solo *pacto* illicito usurariam pravitatem haud contrahi, nisi impium lucrum vere *acceptum* in quo demum *consummatio* ex intentione legum Imperii consistit. Mev. *P.* VI. *Dec.* CDII. *P.* VIII. *Dec.* CCLXXXV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCIII. N. 10.

Requisita falsi sententia Leyseri. Mendacium an poenis falsi vindicandum sit?

Restringit haec falsi requisita Leyser. *Sp.* DCXV. An recte? alii judicent. Mihi saltem argumenta ejus praetensam incertitudinem non persuadent. Nam quod *primo* objicit, ad tollendum falsi crimen nil facit, sed tantum docet, hoc aeque ac alia delicta ob dolum vel culpam modo in *verum*, iterum in *quasi* delictum degenerare. *Alteri*, quae obmovet, vel reapse veritatis *actualem* suppressionem continent,quorsum illum refero, qui contra fidem datam instrumenta aliena prodit *l.* 1. §. 6. *ad l. Corn. de fals.*qui verum non dicit. *c.* 10. *de crim. fals.* qui falsum, quum posset non prohibet *l.* 9. §. *eod. ad l. Corn. de fals.* vel alterum *periculo immutationis* subjacet, ut *l.* 2. §. 2. *eod* quod in falso, cujus *conatus* etiam notatur, sufficit; vel ad *quasi falsa*, seu quae ob similitudinem remotam per edicta poenis falsariorum coercita, etsi in se falsa non sunt, nec cum *vero* falso quidquam commune habeant, pertinent, qualia multa praeter allegatam *l.* 1. §. 5. supersunt docente Titio *c. l.* Denique monitum *tertio* oppositum nihil evincit, quum etiam damnum *late* pateat, et *mentale* complectatur, interim ab eo, quod ut plurimum sit, *actuale* vulgo JCtis audiat, eodem modo, quo vis publica, quia

plerumque *armis* fit, dicitur armata §. 8. *Inst. de publ. jud.* licet nonnunquam *sine armis* fingi possit, ut stuprum *violentum* docet. Unde subsistendum potius in *tribus* requisitis, quae ad cognoscenda propria ac famosa falsa plenissime sufficiunt. Speciatim circa *mendacium* an falsi crimine contineatur, litigant. Bergerus *El. crim. p.* 71. utrumque distinguit eodem modo ac *sub et obreptionem*, et crimen falsi *simulare* id, quod non est, mendacium autem *reticentiam* veri continere, putat quod non probo, cum utrobique falsi requisita concurrant. Alia vero quaestio est, an *omne* mendacium poenis subjaceat? Quum enim multis modis id committi possit, in *contractibus*, ac extra contractus, in *judicio* ac extra judicia, nec omnes minutissimi lapsus a legibus vindictae subjiciantur, contingit, dari mendacia, quae non puniuntur, iterum, quae solam damni et expensarum reparationem conjunctam habent, demum, quae poenis civilibus *dupli* amittendae *possessionis* vide *tit. ad exhibend.* privatione *beneficii noxae de ditionis* coercentur, demum quae vindictam *publicam* producunt, quorsum ea refero, quaecum damno graviore et singulari improbitate conjuncta, ut recte docet Kressius *h.* §.V.N.III. vid. Rechenberg. *de mendacio quod in foro humano punitur.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCIII. N. 15.

Differentia falsi et stellionatus. Discors Dd doctrina. Vini corruptores quomodo puniendi?

Quae Auctor de *notatione legis* Carolinae proponit ad hoc conducunt, ut qua ratione falsum ab eidem vicino *stellionatu* differat, constet. Nam utrumque crimen improba impostura in fraudem tertii suscepta constat. Sunt qui ad notationem legis Carolinae *specialem* pro determinando *falso* confugiunt, omnemque calliditatem ad legem istam diserte haud relatam, nomine *stellionatus* comprehendunt, exemplo Strykii *V. M. Tit. de stellionatu* § I quocum facere videtur Titius *in jur. priv. Lib.* V. *C.* VIII. §. I. His vero valde obstat l. 16. §. 2. *l.* 23. *l.* 32. *ad l. Corn. de falsis* ubi lex Cornelia *similes* species, nominatim haud definitas palam profert, certo argumento, legem Corneliam distinctae notationis non adeo curiosam fuisse, sed in notatione *generali* acquievisse. Aliam sententiam amplexus est Beyerus *ad ff. tit. de stellionat.* qui improbiorem imposturam in *contractibus* admissam, sed speciali criminis nomine destitutam stellionatum esse dicit, quod ipsum nihil aliud est, quam stellionatum unice ad *contractus* restringere, falsum e contra in aliis quibuscunque defraudationibus *extra contractus* admissas, quaerere. Sequitur ea in re Ulpianum *l.* 3. *ff. de stellionat.*

secundum quem, *quod in privatis judiciis de dolo actio est hoc in criminalibus stellionatus persecutionem esse* dicit. Atqui judice Bevero actio doli contractus non egreditur, ergo appellatio stellionatus solis fallaciis tribuenda, quae inter contrahentes committuntur. Verum, quid si actionem doli etiam extra contractus locum habere dicamus? Ita sane est, ut apparet ex *l.* 8. *l.* 9. §. I. *de dol. l.* 88. §. 4. *de legat.* 2. *l.* 7. *C. de dol.* Fateor autem exempla *tit. de stellionat.* comprehensa et a Harprecht *R.* LIV. proposita ad contractus pertinere, inde vero reatus hujus nota characteristica non praecise in contractibus quaerenda, multo minus ex actione doli, ad hos male translata id colligendum. De eo, qui *merces* suppressit, vel suppressionem quamcunque in alterius necem fecit, compertum habemus *stellionatus* judicium exerceri posse cit. *l.* §. I. 3. et tamen ista suppressio contractibus praecise non cohaeret, sed etiam *extra* illos multis modis suscipi potest. Et quae tandem ratio, solas circumventiones *contrahentium* stellionatus appellatione comprehendere, fraudes vero eorum, qui non contraxere, nec hoc nomine, nec alia lege notare. JCtus certe ita non philosophatur in *cit. l.* 3. nec ullam contractuum mentionem facit, etsi in eruenda natione stellionatus c. l. primario sollicitus sit. Quam ob rem litem hanc sic definiendam existimo. Fraudis appellatio *generalissima* est, et pro variis circumstantiis modo in hoc, modo in illud crimen, potissimum tamen in falsum olim degeneraverit, quoties *lex Cornelia* eam, vel *speciatim* notavit, vel sub *similibus* comprehendi voluit. De qua autem nec haec, nec alia lex quidquam cavit, illa, quia *titulus* criminis specialis deficit, *stellionatus* nomine, velut *subsidiario*, apud romanos venit, quomodocunque illa demum contracta. Unde nil vetat, improbam *mendicitatem*, de qua in *l. un. Cod. de medic. valid.* agitur, imo et *sollicitationem alienarum nuptiarum* huc referre. Plane inter nos tota haec disputatio est otiosa, quum poena utrobique fere sit *arbitraria*, nec quidquam referat, utrum tanquam stellio, an velut falsarius in vindictam publicam incidat, aut si species quaedam *certam* habet poenam, satis sit, eam nosse, quocunque etiam nomine delictum exprimatur. Titius *in jur. priv. c. l.* Kress. *ad Art.* CXIII. §. VI. Absit itaque, ut probem Taboris sententiam, qua defraudationem mercium *fluidarum* falsi speciebus annumerare dubitat *Racem de Stell. th.* IX. ideo, quod *Art.* CXIII. de rebus *aridis*: *Specerey* egerit, fluidas non nominaverit. Nam Carolina constitutio stellionatum a falso nullibi distinguit, sed sub hoc *implicite* comprehendit, praeterea verba *andere Kauffmannschafft* omnium mercium corruptionem satis superque notant. Denique poena corruptionis mercium fluidarum *eadem* prorsus est, quocunque demum nomine criminis illa veniat, ut nominatim exemplo *vini* corrupti, quae improbitas nostris temporibus est notissima, illustrat Harprecht. *Resp.* LXXV. *N.* V. videatur Blumlacher *Art.* CXIII. *N.* II. Dudum de hac *vini corruptione* quaesti sunt ordines Imperii in Germania, et malo serpenti medicinam praesentem quaerere studuerunt variis consti-

tutionibus, quas a viris doctis desideratas restituit DATT. *de P. P. Lib.* III. *C.* XIV. XXXV. Tales sunt, quae latae *Anno* MCCCCLXXV. MCCCCLXXXVII. MCCCCXCV. et MCCCCXCVIII. MD. MDXLVIII. quibus nimia cum *sulphure* fumigatio poena *pecuniaria*, admixtio *Calcis* sub clausula *bey Straffe an Ehren Leib und Guth* coercetur. De *Litargirio* nil nominatim cautum, dubium autem non est quin sub nomine *derer bosen schadlichen Zusatze* cujus subinde mentio cit. loco fit, pestilentissimum *Lithargyrisatum* comprehendatur. Ex professo hoc thema excussit WEBER *de crim. adult. vinor*.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XCIII. N. 47.

Falsum testimonium in causa capitali.

Si in causa criminali eaque *capitali* falsum testimonium dictum, ex rigore juris poena *talionis* locum habet *art.* CVII. maxime quum duplex crimen hic concurrat. Nihilominus tamen *praxis* usum talionis ignorat.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XCIII. N. 48.

Praevaricatio judicum, procuratorum, advocatorum, chirurgorum. An notarii praevaricentur? an actuarii munus advocatorum in secunda instantiae subeuntes?

Praevaricatio alia est propria, alia *impropria*. In illam incidit *accusator* subdole, et segniter causam ita agens, ut reus absolvatur, concludentes probationes dissimulando, circumstantias diligenter inculcandas *cursim* et *breviter* attingendo, *falsas* rei excusationes admittendo *l.* 1. §. 6. *ad SCtum Turpill*. Haec collusio olim tanto majorem poenam exigebat, quanto fortius erat vinculum *inscriptionis*; et quanto facilius vindictam publicam effugere poterat reus, accusatore *desistente*, vel probanda *non probante*, quum sine eo nulla esset condemnatio. Hodie accusatio *rarior*, vinculum *inscriptionis* penitus *exulat*, nec tale damnum ex dissimulatione accusatoris, imminet, uti olim, postquam judici *inquisitio*, ex officio suscipienda, non praecluditur, et sic reus gravatus acriora legum vincula vix effugere potest. Interim factum accusatoris, quod vulgo *calumnia* audit, si de eo constiterit, merito *extra ordinem* coercetur, et quidem tanto graviori malo si a *jurato fisci advocato* committitur, BEYER. *ad ff. tit. de praevaricat. Pos.* V. *in not.* Impropria praevaricatio, quae hujus loci est, omnes artes fraudulosas

comprehendit, quibus *procuratores* contra datam fidem in necem clientis quid machinantur, inter quos non postrema est, quoties ab adversario corrupti, clientem ad *improbam transactionem* ineundam persuadent vel arcana in *facto* consistentia produnt. Juris *communis* momenta, quae curiae nota esse debent, et praesumuntur, qui suggerit, aut qui supplicationes alteri *corrigit*, arcana non prodit, adeoque non peccat B. Parens *T.* II. *Cons.* MCV. omnium minime ad hanc classem pertinent procuratores *revocati*, aut nexui *renunciantes*, qui sine metu criminis ob censans *vinculum* causam adversarii suscipiunt, quamvis circumventionem, et dolum non impune ferant si arcana alterius manifestaverint, quia etiam hoc casu contra bonam fidem agunt Kress. *ad art.* CXV. §. I. *N.* V. Quod de procuratoribus dictum, merito ad *advocatos* transferendum, etsi de his cit. art. nominatim non loquatur, quum fidem uterque promittat, nexus idem cum utroque intercedat, et perfidia *utrobique* eadem, quae sola, non alia personae qualitas hic spectatur, ut ipso Auctor *dec.* XCI. *N.* XXIII statuit, cui subscripserunt Stephani Beyer Kressius Froelich. *p.* 387. Solus Blumlacherus jus *singulare*, omnis extensionis expers, sibi in hoc articulo invenisse persuadet, et ideo *advocatum* ab hoc reatu absolvit, sed sine *sufficiente* ratione quandoquidem Imperator nihil *novi* hic statuit, nec aliud agit, quam ut jus *commune*, cujuscunque qualificatae calumniae, ad praevaricationem applicet. Quo posito etiam *judices* hujus criminis rei sunt, qui contra bonam fidem agunt et non justitiam, sed partium studium sectantur. Quod in specie ad eos proferunt, qui in causis *criminalibus* sententiam absolutoriam in reorum injuriam *ab actis removent*, teste Thomasio *de jud. sent. in causs. crim. ab act. removente.* Nec aliud juris, si *chirurgi*, qui officii causa vulnera judicio indicare obligantur, per *collusionem*, et fraudem duella supprimunt et veritatem facti occultant. Voet. *ad ff. tit. de praev.* §. II. Ant. Mathaei *Lib.* XLVII. *Tit.* XV. *in f.* Non idem de *Notariis* dicendum, qui utrique litigantium in actu, ad quem requiruntur, operas licite praestant, quia non *justitiae*, sed testimonii vel *solemnitatis* causa adhibentur. Richter *dec.* LXXXV. *in fin.* Multo minus *Justitiarii* praevaricantur, qui causam nobilium contra subditos, in qua ipsi judicarunt, per modum *appellationis* ad judicium superius tractam *advocando* defendunt, teste Rivino *in Enunciat. Tit.* II. *N.* XV. Quid? quod, *actuarium* in eadem causa, eodemque judicio, coram quo acta consignavit, patrocinium alterutrius litigantis impune suscipere posse, docuerint Wernh. *P.* I. *Obs.* VIII. Zigler *Concl.* XIX. *N.* V. Neque enim *secreta* adversarii horum alterutri cognita, neque utriusque officii executio ita pugnat, quo minus simul salva *bona fide* ab eodem suscipi queat, quin potius officio suo, quod gerunt, *publico* recte fungi, acta ac probata in utriusque gratiam vel consignare, vel sententiam in *prima* instantia ferre, nihilominus tamen facta provocatione, scripta alterutrius conficere, vel sententiam postea in *secunda* instantia defendere possunt. Plane quod ad

poenam praevaricatorum attinet, non una omnium est sententia WISENBACHIUS ad ff. h. l. N. III. poenam *numellarum* cum ictu *fustium* non observari in foro, sed *remotionem* a negotiis forensibus, vel pecuniariam surrogari contendit. Idem tradunt. MEV. *ad Jus. Lub. P.* V. *Tit.* II. *Art.* VII. CLASSEN. *h. t.* LEYS. *Sp.* DLIV. *N.* XXXI. Cujus rei ratio, si in qualitate *officii*, quod advocatus gerit, *publici* quaeritur, non adeo repugno, quum poena gravior sit, quam ut huic conveniat. Ea autem cessat in *procuratoribus*, adeoque nihil obstat, quo minus horum malitia, si gravior reusque inferioris conditionis fuerit, ad legis rigorem exigatur. Imo in genere ob improbitatem, laesionemque *notabilem* legis severitatem retinendam censet KRESS. §. II. N. II.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XCIII. N. 61.

Munera justitiae causa, non aeque pro officio extraordinario accipere, sordidum.

Munera accipere pro impertiendo judiciali officio, *sordidum*, et tanquam rem *pessimi exempli* condignis poenis coercendum esse, extra omne dubium positum, et satis demonstratum est, a ZIGLERO *Dicast. concl.* XX. Neque inter *munera*, et *munuscula* distinguendum quum etiam his multum ponderis insit, ad flectendos et retrahendos a recta via homines et facilis sit ad majora vel optanda vel capienda transitus, plus difficultatis habet *probatio* objectae corruptionis quam rigide exigere velle, stolidum foret tum quia in *artem* abiisse videtur sub variis *clancularlis* moliminibus vitium hoc tegere, eamque ob causam id *difficillimae* probationis sit, ubi judicia *proxima* etiam sufficere videntur tum quia loco poenae plerumque *suspensio*, *remotio* vel alia *levior* obtinet, ad quam non praecise *luce meridiana clarior* probatio exigitur. Interim *excessus* merito vitandus, ne sub praetextu munusculorum quorumcunque minutulorum mox corruptionis rei fiant judices, et *odiosa inquisitio* contra immerentes decernatur, in quo quotidie nimio justitiae Zelo peccari, aliquoties observavi. Muneris *judicialis* gratia, et quo magis vel minus officium suum faciat, vel non faciat, *justitiae* respectu munuscula accipere, hoc demum crimen est *l.* 6. §. 2. *ad l. jul. repetund.* alia ratione non magis judex, quam extraneus peccat, qui quid dari sibi stipulatus, vel offerri passus est. Saepe judex petentibus subditis medios inter fori strepitus provinciam advocati in certo actu subit, et vel *relationem* aliamve repraesentationem concipit, ad superiorem directam, vel *petitum* eorum pro decernenda *commissione*, *inspectione oculari*, salvo cursu litis pendentis in scriptis eidem exponit pro qua *opera extraordinaria*, cur munus oblatum recusare debeat, non perspicio. Iterum pro actibus *voluntariae jurisdictionis* veluti testamenti insinuatione munus, etiam quod sportulas excedit, accipere quid prohibet? Et cur judicem excitare non licet praemio quoties causa in hypothesi *liquida*, vel *periculum in mora* est, nec ulli *injuria* fit? Le-

ges si quid hac in parte duriuscule sanciunt non tam *damnant* abscisse quam fucum *praecavere* censentur. Temperandae ergo quoties in *hypothesi* is penitus elisus, et viri boni integritas satis evicta. Propter haec et similia non ita pridem praefectum nobilium in jus vocatum pure absolvit ordo noster.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XCIII. N. 71.

Falsum circa sigilla.

Quomodo falsum circa *sigilla* committi possit late ostendit Kress. *h.* §. X. cum B. Parente *de jure sigilli authent.* Pertinent huc falsa diplomata, quorum ingens farago extat quaeque tanquam depravatae olim veritatis historicae monumenta studio Mabillonii et Gotwicensis praesulis restituta, ut bellum diplomaticum docet, cujus historiam texuit de Ludewig *praef. ad T.* I. *Reliq. monum. med. aevi* §. XV. Habet id falsum prae aliis hoc singulare, quod multum profuerit eruditis iisque suggesserit artem diplomaticam recentiori demum seculo demum natam et excultam. De *fustigatione* directa contra servum, qui domini sui *manum* subdole *imitatus* erat, vid. Brunnem. *Cent.* II. *Dec.* XLVII De *judice* ob falsas *registraturas* fustigato Berg. *Resp.*CX. Quid circa *bafios* lanas pannosque tinctura *adulterina* fucantes obtineat, ex professo tradit de Luwig *diss jur. Rom. et Germ. in re bafiaria in. f.* Taceo alias species quas sigillatim recensere infiniti laboris esset. Sufficit quod in eruenda criminis indole et poena ad *malitiae* gradum, et *damni* quantitatem respiciendum sit. Wernh. *P.* II. *Obs.* CCV.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XCIII. N. 98.

Poena quando in crimine falsi capitalis sit?

Ob singularem *malitiam*, extraordinarium *damnum*, et frequentem *iterationem* poenam arbitrariam ad *mortem* extendi posse, verba Carolinae docent. De usu tamen ejus dubitat Kress. *ad Art.* CXIII. §. VI. IV. II. et de defectu praejudiciorum conqueritur. Mihi duo praejudicia succurrunt apud Berg. *El. crim. P.* II. *p.* 175. et 177. quorum alterum ad eum pertinet qui falsa *assignatione* conscripta insignem quantitatem a tertio exegerat, alterum *judicem* concernit, qui falsas registraturas conscripsisse hominisque vitae nocuisse, ferebatur. De posteriori specie ad severitatem exigenda eo minus dubitandum, quum etiam falsum *testimonium* in necem alterius directum per *Art.* CVII. sit capitale, praeterea reus hoc facto *causam mortis* praebeat, et sic perinde ac homicida in hanc poenam incidat. Unde etiam jus *Tyrolense* hoc falsum *suffocatione in aquis* luendum vult, licet de praxi dubitet Froelich *p.* 388. Alioquin si damnum in patrimonio datum, quantitas non praecise ex *V. solidis* aestimanda, sed

multo mejor ex arbitrio judicis requirenda, tum quod prior jure *speciali* in furto statuta huc non pertingat, tum quod ibi insignem *duritiem* spiret, et ideo ab omni extensione aliena sit. Ex eodem fundamento pro *genere* poenae definiendo non praecise in *suspendio* subsistendum, sed, illud secundum regulas communes applicandum quae jubent, ut in dubio *gladius* surrogetur. Ita vero disputatio Brunnemanni *de dardan. c. f. N.* XXV. de hisce quaestionibus mere otiosa est. Interim *dolosis decoctoribus*, quos veros *falsarios* esse constat, hoc supplicii genus minantur passim leges *provinciales* imprimis, quae in terris *Borussicis* promulgatae. Nominatim *jus. Lub. P.* IV. *Tit.* XII. *A.* I. quoties quis *binis* mensuris utitur, cum *minori* vendit, cum *majore* accipit, ad poenam furti judicem remittit, unde Mevius *N.* XIX. concludit ad mortem damnari posse reum, si damnum datum V. solidos excesserit, a quo non adeo alienus est Froel. *p.* 385.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCIV. N. 17.

Palinodia vera poena. Differentia a revocatione vel honoris declaratione.

Quam ex Mollero sibi obstare vidit Auctor vindictam, actioni ad *palinodiam* propriam ea tam plana ac evidens est, ut illam admittere coactus fuerit. Quo posito, non potest non sequi, hanc actionem ad meram *poenam*, cui vindicta, propria, tendere. Cui non obstat effugium a *Werigeldo*, quod occisi heredibus olim debebatur, mutuatum. Id enim *vera poena privata* fuit, et hoc solo respectu, non tanquam interesse privatum, heredibus occisi assignatum. Accedit quod appellatio actionis *rei persecutoria* tantum rebus, quae in *patrimonio* nostro sunt, conveniat, ad quas *famam* vel *existimationem* referre, et sic pro *ea* vindicanda actionem rei persecutoriam comminisci, incivile est. Magis ipsum jus *Canonicum* revocationem injurantium ad *poenam* retulit, dum eam *censuris* accensuit, clericosque maledicos ad eam subeundam coegit, ut ex *C. S. D.* XLVI. apparet. Nemini autem ignotum esse potest, censuras ad poenam, non privatam persequutionem pertinere. Usus hujus observationis est 1) quod *heredibus* injuriati non competat, sed morte hujus expiret 2) cum aestimatoria non possit *cumulari.* Interim tam diversae sunt interpretum huc pertinentium opiniones, ut de praxi certum quid dicere non liceat. Prout enim quis qui sibi indolem hujus remedii concipit, ita de his conclusionibus diversimode judicat. Pro poenali pronuntiat Berg. *El. crim. p.* 78. pro rei persequutione Lauterbach *de act. injur. recant.* §. *fin.*

Quos vulgo recantationi, deprecationi, vel honoris declarationi, ex aequalitate, vel inaequalitate *personarum* injuriarum agentium, ponunt limites, parum concludunt, et minus in sententionando observantur. Nam plures circumstantiae intercedere possunt, quae judicem ab illis subinde non inique retrahunt,

quum 1) injuriae non sola personarum, sed etiam *facti* qualitate aestimandae sint, adeo ut etiam *nobiles* recantationis onus subire cogantur, judice WERNHERO *P.* I. *Obs.* CIX. rursus 2) honoris declaratio ob *dignitatem* personarum singularem merito probanda sit, quorsum exemplum Electoris palatini, qui vas atramento plenum in os legati Boici conjecerat, refero apud *de* LUDEVIG *ad A. B. Tit.* I. §. XXIV. *lit. h.* Unde ne quidem judex actoribus lacessitis simpliciter morem gerere, sed pro arbitrio suo indagare debet, quale medium singulis casibus convenientissimum fuerit. In specie circa recantationem quae *famam* sugillat, solertia opus; ne temere ejus dispendium quis patiatur, neve *nimis* injuriosis vocibus indulgeatur. Plerumque in atrocioribus ad hanc recurrere solent, teste HORNIO CLXII. *N.* IX. eamque pro renata aperta janua, et sub aliis solemnibus reis injungunt, de quibus agunt, HAHN *ad Wesenbec. Tit. de injur. N.* XVIII. Ipsam formulam recantationis exhibet LAUTERBACH *de act. injur. Th.* XXXIII. Contra si injuriae satis certae, *leviores* tamen, in sola deprecatione, quae verbis paulo mitioribus fit, *se poenitere dictorum et rogare veniam*, subsistendum HORN. *c. l.* Denique honoris declaratio ad verba *dubia*, quibus nec recantatio, nec deprecatio applicari potest, restringenda BODIN. *de abus. aestim. act. injur.* §. XV. Praetera recantatio non ad *reales*, ut contra BERLICHIUM observavit BERG. *El. crim. p.* 78. sed unice ad verbales referenda, quatenus non verbis *obscoenis* factae, nec *veritatis* exceptionem oppositam habent, tum ne obscoenorum repetitio aures honestarum personarum vellicet, tum ne contrave ritatem quis dicta retrahere cogatur. Reliquae species vero non modo in his casibus, verum etiam in realibus injuriis, quibuscunque commode locum habere possunt. Ipsa recantatio ordinaria in *judicio* fit, coram quo actio nota aliquando, si atrocitas injuriae id requirit, suscipi jubetur coram judicio *criminali* sub clausula: *vor gehegten peinlichen Gerichten* praeterquam si *ministri ecclesiae* alios publice calumniati fuerint, qui, ut e *suggestu* eam subeant, nonnunquam damnantur, ut lacessito eo plenius satisfiat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCIV. N. 25.

Revocatio per carnificem tacite inest sententiae.

Plerumque haec *comminatio*, si contumacia imminet, *sententiae* condemnatoriae inseritur, quamvis, quia juris manifesti est, *per* se subintelligatur, nec sententiam *specialem* praecise desideret, docente BERLICHIO *P.* III. *dec.* CCCLII. nisi de additamento quodam; quod ordinarie revocationi non cohaeret quaestio sit, veluti si *carnifex* os calumniantis percutere debet, quod quia magni praejudicii merito *specialem* judicis pronuntiationem desiderat, IDEM *cit. loco. N.* XVIII.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XCIV. N. 67.

Actio ad polinodiam civilis, non criminalis est.

Notio causae *criminalis* quam jus *Saxonicum* suggerit, non potuit non Auctorem retrahere a sententia eorum, qui actionem ad palinodiam *criminalem* esse, asserunt. Magis res dubia, si secundum jus commune, quo omnis poena, perquam *publicò* satisfit, *criminalis* audit, *civilis* vero quae unice in favorem *actoris* decernitur. Interim nec tunc quidem praesens actio criminalis, sed potius civilis erit non quidem quia rei persequutoria est, sed quia finis recantationis est, ut laeso per illam tanquam poenam privatam satisfiat, nisi forsan nominatim petitum accusatoris huc directum fuerit, ut coram judicio *criminali*: *vor gehegten peinlichen Gericht* fiat Schilt. *Ex.* XLIX. *Th.* XXXI.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XCIV. N. 90.

Recaptatio infamiam facti non juris importat, nisi carnifex os injurantis depalmaverit.

Incostantiam Auctoris in quaestione, utrum palinodia *infamet*, satis notavit Berg. *El. crim. p.* 81. Si dicendum quod res est infamia per se actionem hanc non sequitur, etsi famae aliqualem *sugillationem* concurrere, non negaverim. Neque enim hoc judicium est *publicum*, sed mere *privatum*, ex quo, nisi leges aliud nominatim sanxerint, quod hic factum non est, nunquam infamia sequitur. Unde tanto facilius cum Auctore transigendum, intuitu *exceptionum*, quas ipse profert, quibus supersedere possumus, et instar cautelarum in foro tantum utimur contra praeconceptam quorundam opinionem. Unicum casum excipio si a *Carnifice* revocans publice depalmari jubetur, quae peculiaris executionis ratio moribus *infamiam* inurit. Unde si injuria tam atrox, ut judex hanc petenti morem gerat, per accidens judicium hoc famosum fit. Berg. *c. l.* Utcunque sit, revocatio, qua talis, parum honorifica est, dum quis per eam *mendacii* se reum arguit, et hoc modo non leve dispendium *existimationis* apud graves et honestos viros patitur, quod ipsum *facti* infamiam non male dixeris.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCV. N. 34.

Recantatio cum aestimatione pecuniaria cumulari nequit.

Cum in hac tum praecedenti quaestione Auctor adversarium habet Oldekopium *P.* III. *Qu.* V. et VI. cujus scrinia non expilabo. Neque ipsa dicasteria Saxonica in his convenire, docent ea, quae in utramque partem proposuit Berger *El. crim.*

P. II. *p.* 210. Veritas rei dependet ab indole utriusque actionis. Neutra ut perperam Auctor putat, rei persecutoria, sed utraque ad *poenam* privatam tendit. De revocatoria id jam antea monui, multo magis idem de *aestimatoria* obtinebit, et nihil absurdius est, asserere, quod praestatio pecuniaria interesse *privatum* compenset, quum manifestum sit aestimationem injuriae in locum veteris poenae pecuniariae, quam *Lucius Veracius* eludere tentabat, a praetore esse surrogatam Gellius *Lib.* XX. Atqui duarum actionum poenalium simultanea cumulatio primis juris principiis repugnat, Bach. *ad Treutl. Vol.* II. *Disp.* III. *th. fin. lit. h.* Facilius admitto libellum *alternativum*, ut reus aut revocet, aut certam quantitatem pecuniae a judice moderatam solvat. Utraque enim ad idem tendit, pari passu ambulat, et communi ac aequali jure aestimatur. Aliter rationes subduxit Wernh. *P.* I. *Obs.* III.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCV. N. 59.

Procurator non ad recantationem, bene tamen ad honoris declarationem admittitur.

Alia quaestio est, an palinodia per *procuratorem* fieri posset? Negat eam Wernher. *P.* I. *Obs.* XXX. affirmat contra Leyser. *sp.* DXLIII. *N.* II. Ego cum Wernhero facio, reique *praesentiam* exigo, non quod actor de mutato alterius animo, melioreque de se opinione certior reddendus sit, sed quia absentia cum ignominia pugnat, quam poenae loco subire tenetur reus, qui calumnias contra actorem evomuit. Is finis aut non, aut non plene obtinetur si alter interveniente *procuratore* revocationem peragit. Facilius *honoris declarationem* admitterem, quae etiam in *scriptis* fieri potest, quia verba dubia, et cum animo injuriandi liquido haud connexa supponit, adeoque sufficit, si *quomodocunque* de interpretatione et acceptionem verborum constet.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCVI. N. 7.

Judex injurias hodie ex officio punit, non aeque de jure Romano.

Quum delicta privata, quibus jure antiquissimo injuria accensebatur, in hoc a publicis differrent, quod nemini, nisi ei, cujus *speciatim* intererat conquerendi facultas esset §. I. *de publ. jud.* otiosa utique quaestio fuit, utrum in iis magistratus officium interponere, et nemine agente *ex officio* poenam reis infligere potuerit? Neque major potestas judicis facta, ex quo de omni delicto privato, imo nominatim de injuria *criminalem* persequutionem leges indulserunt *l. f. de delict. privat.* Nam perpetua juris regula mansit, *sine accusatore neminem condemnari posse l.* 38. §. 7. *ad l. Jul. de adult.* quae ipsum ex officio procedendi modum non potuit non penitus excludere. Servarunt quoque eumdem majores in Germania, ut

notissima paroemia docet *wo kein Klager ist auch kein Richter* sed, ex quo juris Canonici placita in Germania innotuerunt, processus *inquisitorius* cum *laxiori* judicis potestate, sensim receptus et jure Carolino *Art.* CCXIV. firmatus, hoc effectu, ut judex, sicuti in aliis criminibus, ita propter injurias, non rogatus, poenam reo imponere possit. Hoc denotavit Auctor, dum *consuetudini* istum procedendi modum tribuit, et quidem recte ac juri nostro satis convenienter, quandoquidem facultas inquirendi ex solo jure *Canonico* repetenda non ex jure civili, quod simplicem *accusationem* probavit ex qua ad inquisitionem argui nequit. Unde sine fundamento Auctorem taxavit et ex amica juris hodierni cum romano conspiratione illam facultatem defendere tentavit Leys. *Sp.* DXLII. *N.* V. Plane id per se liquidum est, quod inquisitio non nisi ob *atrociores*, et *scandalosas* injurias secundum analogiam juris probetur, non ob leviores, tranquillitatem publicam non adeo turbantes, quibus sola *civilis* persequutio scripta. Hoc modo lis tollitur, quam ea de re Auctori movit Oldek. *Dec.* XXXIX. Q. II.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCVI. N. 20.

Revocatio concionatoris e suggestu.

Ministris ecclesiae nullum privilegium datum injuriis alios, neque pro *concione*, neque *alibi* proscindere. Hoc si ergo nihilominus factum fuerit, ausus tanto majorem satisfactionem meretur, quanto gravius est *scandalum* datum ab hominibus, qui suo *exemplo* mansuetudinem, et amorem Christianum, injuriandi prurituі contrarium, docere debent. Hoc scandalum removendum, et ex animis auditorum evellendum est, quod aliter fieri nequit, quam *vivida* satisfactione, quam *publica* revocatio, vel deprecatio contiuet. Alioquin verendum, ut nihil non audere tentent, aut sibi licere existiment, praesertim cum in morem iverit opinio, eos de iis, quae pro concione evomunt, ad rationes hominibus reddendas non esse obstrictos. Ignoscendum *sacerdoti vitia* perstringenti, etsi paulo acerbius id fiat, quia muneris indoles, coeptaque naevorum indignatio, illum satis excusat. Quam primum vero se *affectus* immiscent, nec is in *generalioribus* reprehensionibus acquiescit, sed vel ad *convitia* prolabitur, vel *personas* nominat, aut *circumscribit*, injuriarum reus fit, laesique aeque ac alius ad satisfactionem tenetur. Si quid est, quod revocationi obiici posset, *auctoritas*, quam conservari, non minus publice interest, vel *sanctitas* muneris erit. Ast ea non cohibuit sacerdotem a convitiis et calumniis, cur ergo *magistratum* cohiberet a damnatione ad revocationem ex eodem loco subeundum, ex quo injurias eructavit. Non *revocatio* munus maculat, sed per injurias *maculatum* supponit, et si quid bonae opinionis de eo inter auditores restat, id judex revocationem injungens, non demit, sed confirmat, efficitque, ut ex animis evellatur. Parum prodest lacessito *privata* deprecatio, vel revocatio. Quo enim

famosior injuria, eo *solemnior* debet esse revocatio. Quam, si sacerdos ex *contumacia sacra* rennit, aut mollius facit, *alius sacerdos* teste Leysero *Sp.* DXLVIII. *Med.* XIII. adhibetur, qui atrocitatem facti populo publice exponit, contumax vero *suspensione*, vel pro re nata *remotione* coercetur. Suppono tamen injuriam *liquidam* et *atrocem*. Neque enim quilibet impetus sacer, aut quaelibet verba dubia tam severam coercitionem merentur. Multo minus, quae injuria alios a palinodia ob levitatem excusat, sacerdotibus fraudi esse potest, sed sola deprecatione expiatur. Interim quia etiam atrox suos gradus habet, non inepte ipsi *modo* revocationis limites ponendi, ut aliquando in scriptis, iterum verbis, nonnunquam in judicio, demum e suggestu illam subeant. Sobrie ut solet de his similibusque casibus indicat Leyser. *cit.Sp.* DXLIV.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XCV. N. 80.

Veritas convicii quando in totum, vel in tantum excuset, vel fraudi sit?

Novi lites, quas circa veritatem convitii, an excuset vel non, movent, et inter convitia *in*, et *extra judicium* facta, distinguunt, illis, si de veritate constiterit, impunitate adscripta, his poena imposita. De his tricis tollendis sollicitus est Leyser *speciali specim.* DLI. utrumque suo modo verum esse docet, nec tamen notas, quibus quaelibet propositio includenda, proponit. Mihi definitio ex solo animo injuriandi pendere videtur, qui ubi abest vel adest, veritatis ratio habenda, vel non. Unde *veritas convitii*, vel ut accurate loquar, rei *objectae* aliquando excusat in *totum*, nonnunquam in *tantum* et solam poenam minuit; saepe *omnino non* excusat. Prius fit, si quis juris sui persequendi verbis in factum temperatis alteri criminosum quid objicit *l.5. C. de injur.l. 6.* §. 1. *de postul.* sive in judicio fiat veluti si quis *testi* exceptionem criminis opponit, et probare potest, sive extra judicium vulgari sermone, quo pertinet casus de marito, qui de adulterio uxoris privatim conquestus, eo probato, absolutus, qualem habet Leys. *c. l. M.* I. Par ratio si rem indifferentem veluti defectum naturalem objecerit, non quidem ob veritatem, sed indifferentiam, quae procul abest ab animo injuriandi. Alterum, si paulo durius scapham appellaverit, vel jus suum non persequuturus rem injuriosam, verbis tamen temperatis vel etiam rem per se indifferentem verbis *aequivocis* objecerit quem vel *excessus*, vel *inconsultus* sermo damnat ad aliqualem compensationem. Ultimum denique, si rem *per se* injuriosam verbis *contumeliosis* proposuerit, ut in famosis libellis fieri solet, ubi rei objectae veritas vel ideo non attenditur, quia ipse *modus* proferendi injuriam continet Titius *jur. priv. Lib.* III. *C.* IV. §. VII. Nec aliud dicerem, si crimen non praesens, sed jam *punitum* objecerit quis, quod alio fine, quam *contumeliae* causa objici nequit, quantumvis circa veritatem nullum dubium sit. Quid? quod per *accidens* veritatis exceptio concidat, si pro-

vocato ex *l. diffamari* perpetnum silentium impositum, postea vero nihilominus injuriarum actio contra eum instituitur, quod cum *effectu* fieri potest, cessante ob *rei judicatae* auctoritatem, qualicunque probatione ablata. Ceteroquin ipsam probationem *liquidam* esse oportet, nec sufficit allegatione *famae* communis quem se tueri, quum vanae populi voces, quibus plerumque fama constat, audiri non debeant *l.* 12. §. 1. *C. de poen.* Ne accusatores quidem aut delatores a reo absoluto injuriarum conventi in solo rumore praesidium ad declinandam injuriae compensationem habent, minus alii qui vanas easque criminosas voces imitantur et in jus vocati, sola hac veritatis allegatione defunguntur. Hoc solum discrimen servatur, quod *accusatorem* sola *verisimilitudo* objecti criminis ab injuria liberet, eaque major vel minor, prout *ultro*, vel *officii* necessitate accusavit, extra judicialem criminis propalatorem non aeque, quum hic in re absolute *illicita*, ille econtra in licita legibusque sub lege *verisimilitudinis* permissa, versetur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCVII. N. 11.

Verba factaque per se injuriosa, utrum injuriam inferant, cum distinctione explicatur.

Praesumtionem animi injuriandi plerumque ex verborum et factorum *qualitate* aestimant, ita, ut si fuerint *per se* injuriosa, illam admittant, contra non admittant, si fuerint *indifferentia*. Verum ea distinctio, etsi in plerisque casibus rationem decidendi porrigat, in universum non sufficit. Potius videndum *quo modo* proposita. Si enim per se injuriosa verbis *contumeliosis* proferuntur, solus modus proferendi animum infert, ut nec veritatis probatione reus defungi possit, nec juris sui prosequendi exceptio proficiat. Carpz. *P.* IV. *D.* XLII. *def.* VII. Nisi peculiaris *nexus* inter personas aliud suadeat. Qua de causa non magis liberis contra parentes, discipulis contra praeceptores, actio injuriarum comparata, quam famulis contra heros herasque durioribus vel contumeliosis verbis in ipsos invehentes Mev. *ad jus. lub. P.* III. *Tit.* VIII. *A.* X. *N.* XVI. Sin verbis temperatis objectio injuriosi facta, hunc effectum habet, ut *praesumptio* animi injuriandi sit exclusiva, donec contrarium probatum. Vice versa si verba vel facta indifferentia *contumelioso modo* proposita animus injuriandi utique praesumitur. Si temperate, ab allegante erit probandus, in dubio tamen reus absolvendus, adeo ut interpretatio sit *rei*, non actoris. Plane si contra *communem* usum loquendi vel agendi detorquentur, et satis *artificiose* sensus benignus exsculpitur judex regulas interpretandi *communes* secundum usum, penes quem est norma agendi et loquendi, observabit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCVII. N. 21.

Revocationem tollit tempestiva rei honoris declaratio. Nullius usus est haec, actione aestimatoria instituta.

Id extra dubium positum, quoties ad revocationem solam actum fuerit, ut etiam probat Berg. *El. crim.* P. II. *p.* 179. ut tamen pro re nata si dignitas personae laese id exigat I) reus deinceps ad monitus, per sententiam, in *persona* factam declarationem repetat, II) *expensas* litis restituat. Utrumque probat Wernherus *P.* X. *Obs.* CCCL. et favori actoris, cui consultum iverunt leges, egregie respondet, adeoque non video, qua ratione declarantem hoc casu ab expensis culpa sua causatis liberaverit Berger *oecon. jur. p.* 800. *N.* IX. Similem effectum declaratio rei non habet, ubi actio aestimatoria ob injurias instituta cujus natura haec est, ut, quia sententia libelli conformis esse debet, actori aliter, quam praestatione pecuniaria satisfieri nequeat, quibuscunque demum verborum lenociniis hoc casu honoris declaratio facta fuerit. Ita rationes subducit *Auctor Lib.* VI. *Tit.* X. *Resp.* CX. cui quidem se opposuit Oldek *Dec.* IV. *Qu.* I. sed inani conatu. Etsi enim utraque actio ad idem tendat, diversitas tamen poenae utrique propriae, et per leges sigillatim probatae, impedit, quo minus *electio* actori concessa tollatur, aut ea summotio, quam natura unius suggerit, confundat alteram. Haec est *diversitatis* ratio sufficiens, quam tantopere urget Oldekop. *c. l.* cujus curiosa disputatio utrum hic *extensio*, an *interpretatio* legis fiat, prorsus otiosa est.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM XCVII. N. 31.

Vitium retorsionis. Num in judicio admitti possit. Singularis Leyseri opinio.

Defensionis involucrum quod hujus remedii promachi allegant, ad merum *praetextum* pertinet, et vero *ultionis* vitio absolvitur. Quae enim potest esse defensio, ubi *periculum* tale non imminet, quod indoles defensionis requirit, seu, quod aliter, quam retorsione declinari nequit. Damnant leges qui quid defensionis nomine quis moliatur, ubi in *mora* nullum periculum, et *judicis* auxilium in promtu est. Qua ratione ergo probanda *retorsio* privata, postquam judex semper praesto est, et lacessito alio modo *plenissimae* satisfacere potest. Sed et huic dubio occurrunt, dum eam non nisi *extra judicium* admittunt, causati praesentiam et concursum judicis, cum ultione privata pugnare, quod requisitum ab auctore omissum esse miror. Parum tamen restrictio isthaec proderit ad comprobandam ejus *justitiam*, quum vitium ultionis non a defectu judicis, sed ab eo, quod, cessante mora, sine judice fit, pendeat. Haec et similia ex

professo taxavit Rennem. *de jur. retors.* cui contradixit Struv. *de vindict. privat. C.* X. ex rationibus parum fundatis. Nihilominus usus *forensis* hunc sequitur, qui tantum abest, ut in manifesta iniquitate, vel modicum restringat, ut potius longius subinde progrediatur. Certe requisitum tertium ipse Carpzovius *Dec.* CCXLVII. etiam ad retorsionem mendacii cum aliqua exaggeratione extendit. Imo si Leyserus *Sp.* DXLII. *Med.* IX. sequendus, verendum ut negotiis judicialibus communis fiat retorsio. Solus autem est Leyserus qui illam ad judicia transferre non dubitavit, reatus, quod minus ultionis eidem insit, quam ordinariis *actionibus injuriarum.* Sed id ad petitionem principii pertinet, maxime ex quo *probatio* legalis illarum vitio multum detraxit, quae quoad retorsionem ignoratur. Imo licet admittatur, tantae tamen est efficaciae vox legis, ut vitium purget, quod praesentia judicis ultioni privatae conciliat. Quam ob rem Auctor non essem ut usus remedii in se parum fundati, *publice* coram judice admittatur, ceu recte sentit Mev. *Part.* V. *Dec.* CCCXXXVIII. Nominatim ministris ecclesiae, quia sine scandalo hac uti nequeunt, sub poena *remotionis* eam aliquoties prohibitam, et decretum, non obstante provocatione, confirmatum fuisse memini.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XCVII. N. 41.

Poena injuriantium publica per remedia privata non excluditur.

Mera est cavillatio, qua hac in parte Auctorem oppugnat Oldekop. *c. l. Qu.* XXXII. Quidquid retorsione similive remedio obtinetur, ad jus *privatorum* pertinet, quocum confundi nequit interesse *publicum*, cui inquisitio, et poena publica inservit. Sola *scandali* publici idea jus publicum non remote tantum, sed proxime satis fundat, efficitque ut improbari nequeat vigor disciplinae publicae contra calumnias. Et quod de effectu *praescriptionis annalis* narrat Oldekop. ad jus privatorum pertinet, cum utilitatis publicae conservatione nil commune habet. Denique abusus, quem metuit, jus inquirendi non tollit, sed tantum docet *caute, et legaliter* cum injuriantibus esse procedendum. Unde nihil est, quod in doctrina Auctoris reprehendi valide possit.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XCVII. N. 48.

Compensatio injuriarum mutua quatenus probanda?

Quod si compensatio 1) ad merum interesse *privatum* 2) ad injurias mutuas ejusdem *generis et gra-*

dus restringatur, nil video quid eidem objici posset. Ipse Bergerus usum contrarium forensem *P.* II. *Resp.* CXCIV. ad solam Saxoniam, Leyserus vero *c. l. Sp.* DXLIII. *Med.* VII. ad solas terras electorales restringit.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XCVII. N. 59.

Annalis praescriptio criminale remedium non excludit. Revocatio usque ad XXX. *annos durat.*

Vix probari potest actionem aestimatoriam, quae ad poenam mere *civilem* tendit, olim *criminalem* fuisse, praescriptio itaque *annalis* illi propria, cum persecutionibus, criminalibus, quae in genere post XX. annos demum expirant, *l.* 12. *C. ad L. Corn. de fals.* nil commune habet. Lex Cornelia quidem civile et criminale remedium suggessit; illud intra XXX. hoc vero intra XX. annos: jus *praetorium* vero solum *civile*. Restringenda ergo annalis praescriptio ad speciem propriam. Longe minus ferendi qui actionem ad palinodiam, solo jure *Germanico* natam, *anno* includunt, quibus dicam scripsit Beyer. *ad ff. tit. de injur. in not.* et ad XXX. annos extendunt JCti Hallenses apud *D.* Parentem *T.* III. *P.* III. *Cons.* DCCCXIV.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM XCVII. N. 71.

Provocatio ex l. diffamari est praeparatoria actionis injuriarum postea instituendae.

Ad hanc silentii impositionem *directo* hoc remedium tendit, licet per *accidens* simul sinistra aliorum opinio diluatur. Inde vero apparet, illud proprie ad vindicandam injuriam haud tendere, sed merum caussae injuriarum *praeparatorium* esse. B. Parens *T.* III. *P.* III. DCCCXXII. Consequenter nil impedire, quo minus lacessitus, ut sibi plenius satisfiat, postea ad revocationem separatim agat, quod tamen negat Auctor LXIX. Ita usus forensis hoc remedium comprobavit, licet alias ejus applicationem ad caussas injuriarum multis dubiis subjectam esse, recte docuerit Mev. *P.* I. *dec.* CXLIV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCVIII. N. 4.

Famosus libellus scriptura, sculptura, pictura continetur. Objectione criminis infamantis, non solius infamiae absolvitur. Quid de haeresi objecta, aut scriptis satyricis dicendum? Sine propalatione non intelligitur.

Famosum libellum constituit I) *dolus* II) *scriptura* III) objectio cri-

minis vel solum cum infamia, vel cum alia poena conjuncti, denique IV) *propalatio*. De dolo dicere non vacat, quum sine eo nullum sit verum delictum. Dolum hic accipio non in sensu generali pro quovis animo laedendi, sed *speciali* pro animo *injuriandi*, qui omnibus injuriis proprius, consequenter *accusator* in hoc crimen non incidit, qui crimine ad vindictam publicam sumendam objecto, in *probatione* deficit. Sive enim probabilibus rationibus subnixus fuerit, et omnem effugiet criminationem, sive temere ad accusandum prosiluerit et poenas quidem dabit, sed non propter famosum libellum sparsum in vulgus, verum ob petulantiam, et abusum accusationis. De *scripturae*, vel quod eidem simile, necessitate eominus mirandum, quo magis illa causam *perennem* continet, in qua primario fundatur ratio, cur id crimen separato nomine notatum fuerit. Etenim verbalis injuria, quantacunque demum fuerit, neque *pasquilli* nomine venit neque rigori poenarum eidem propriarum subjicitur, quasi duriusculum sit, ob actum *transeuntem*, et solam garrulitatem poenam statuere acriorem. Scripturae aequipollet, quod a *typographo* impressum. Nam et hoc perinde ac scriptura diutius perdurat. Idem quoque de *pictura* famosa dicendum, ut ex professo docuit Brunnquell. *de pict. famos.* sub qua ipsae leges imperii quodvis opus sculptile ac fusorium manu artificis in alterius infamiam confectum, comprehendunt. *R. J. de An.* MDXLVIII. ibi: *Schmahe-Schrifft*, *Gemahlde geschnizt R. J. de Anno* MDLXX. ibi: *gegossen etc.* In mores enim tempore reformationis iverat, ut diversae religionis consortes non solum scriptis aculeatis famam sibi invicem arroderent, verum etiam verbis non contenti, famosis *picturis* ex inordinato religionis Zelo forum implerent. Quod malum tam late serpere coeperat, ut lege publica eum in finem opus esset, quam merito etiamnum servat forum, quantumvis alia, quam religionis occasione, id factum fuerit. Praeterea, quum *famosi* criminis objectio hic desideretur, non praecise necesse est, ut *capitale*, vel *corporis afflictivum* in tali scripto comprehensum, sed tale sufficit, quod solam *infamiam* importat. Huc ergo pertinet *Calumniae* crimen oppositum, Hertius *Resp.* CDCIV. An etiam *stuprum* puellae illatum honestae? De eo non sine ratione dubitat Kress. *ad Art.* CX. *C. C. C.* §. I. *N.* II. quum illud moribus hodierni non infamet. Quamobrem vix est ut ex libelli famosi capite contra reum tunc procedendum sit. Neque aliter sentirem de iis, qui hodie *haeresin* alteri obijciunt. Licet enim aliter visum B. Parenti *Jur. Eccles. Lib.* V. *Tit.* VII. §. CCXXII. eo quod haeretifices secundum suam intentionem gravissimum idque infamans crimen opponant, revera tamen nihil agunt, quum dispulsis ignorantiae tenebris hodie vix dubitari queat, quin haeresis sit solus error intellectus, omneque crimen ex rei veritate non sola intentione erronea delinquentis aestimandum sit. Praestat tamen utroque casu poenam injuriarum contra ejusmodi homines procaces acuere, et ab omni *misericordia* abstinere, quo ipso fit, ut quia poena famosi libelli per se

arbitraria est, in effectu parum referat, utrum scripta injuria atrox, an famosus libellus fuerit. Idem simpliciter ad scomata: *Coujon*, *Filou* applicat DONAUER *Cons.* I. sed parum accurate, quum prius verbum merum *convitium*, posterius vero *calumniae* crimen comprehendat, illud injuriam scriptam, hoc demum ad *famosum libellum* pertineat. Hoc amplius certi *criminis* objectio libellum istum fundat, non sola *infamiae* objectio. Licet enim aliud visum MULLERO *ad Struv Ex.* XLVIII. §. LXXI. textus articuli manifeste refragatur, ut ipse diffiteri nequit. Plane si solo stilo *satyrico* scriptura confecta, in *contemtum* magis, quam in *infamiam*, sola injuria scriptae erit, quae sensu vulgari vocari solet *Schmahe-Schrifft* in legali non item, quo *infamantis* criminis objectio secundum cit. art. ad essentiam sceleris pertinet B. PARENS *T.* II. *Cons*. MLXXXIX. Unde semper verba obscoena vel ejusmodi picturae a famosis sollicite distingui debent, in quo peccavit CLASEN dum in hanc posteriorem classem refert eos, qui in viri honesti janua *pudenda virilia* pingunt *p.* 369. Agmen denique claudit *propalatio*, et publicatio, sine qua nulla injuria, ne dum famosus libellus, ut recte observat FROELICH *P.* II. *pag.* 422. sive facta fuerit directo, sive per indirectum, ultronea projectione scripturae modo eo fine facta ut inventa per alios divulgaretur. In eo consistit forma existimationis laesae, quo etiam respexit Imperator verbis *den er ausbreitet*. Cessante publicatione in mero *conatu* subsistit, qui hic perinde, ac in aliis sceleribus ab ipso delicto differt, adeo ut si libellus amissus, vel ab alio interceptus in forum prodiit, ex rigore articuli jus auctori dici nequeat. Romani certe *propalationi* tantum tribuerunt, ut non attento auctore *inventorem*, qui de ea convictus, ad *capitalem* poenam damnaverint *l. un. C. de fam. Lib.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCVIII. N. 11.

Jure romano poena capitis. Jure Carolino talio. Hodie arbitraria, aliquando capitalis. Typographorum et bibliopolarum vindicta.

Lis de sensu poenae capitalis cujus meminit *l. un. Cod. de famós. libell.* ex historia juris romani facile componi potest, ut non opus sit ad *aequivocationem* verborum recurrere, et num poena capitis *naturalis*, an *civilis* ibidem intelligenda sit, disquirere. Nam jus *decemvirale* fustibus ad necem caedi hujus criminis reos voluit, ut docet GRAVINA *de orig. jur. p.* 216. Idem confirmat *l.* 10. *C. Theod. de famos. libell.* praxinque poenae capitis *naturalis* dudum notam corroborat. Quae, licet paululum intermissa, teste PAULO *recept. sent. Lib.* V. *h. t. C.* V. §. XVI. postliminio a VALENTINIANO et VALENTE in *l. un. Cod. de fam. libell.* restituta, consequenter de alia, quam dudum cognita, accipi nequit. Obtinet itaque poena *capitis* de jure civili et quidem *abscisse*, non tantum si *capitale*, sed si *famosum* crimen objectum fuerit. Verba legis saltim *prius*

errore revocato, utroque casu perinde contra auctorem libello procedendum esse jubent. Ita inter alios judicant ITALIN *ad Wesenb. Tit. de injur. N.* XIX. THEOD. *Coll. Crim. C.* II. *aph.* XVI. *N.* XXVIII. HERT. *Resp.* CI. *N.* XXV. BLUML. *ad cit. art.* STRUV. *de vindict. priv. C.* X. *aph.* VI. *N.* IV. et meo quidem judicio solide, si rectam rationem cum verbis legum conjungere praeoptamus, quam ipse Auctor invitus agnoscere debuit, dum nil solidi iis opponere potuit. Verum aliter rationes subducunt, qui hodienum cum Auctore faciunt, inter quos refero BERGERUM *in El. crim. p.* 88. Is potissimum in eo est, ut Recessum Imperii noviorem removeat. Quem in finem differentiam injuriae *scriptae*, et *famosi libelli* a *subscriptione* mutuatam per illum haud mutatum, quin potius salva illa de utraque injuriae specie ibidem actum, consequenter verba supra relata merito ad *scriptam injuriam* restringenda esse, docet. Ita vero ordines aliquid definivissent, de quo nemo unquam dubitavit. Circa solum libellum inter JCtos contentio erat, essetne subscriptio nominis in eo necessaria, nec ne, non circa injuriam scriptam, quam omnes ex simplici facti injuriosi objectione dudum aestimarunt. Circa illum itaque definitione hac in parte opus erat, non circa hanc. Quod, dum fecit legislator et nil interesse circa subscriptionem rescripsit, longe verisimilius est, eum his verbis vetus praejudicium intuitu famosi libelli tantum removisse, ejusque indolem veram definire voluisse. Non melioris notae est distinctio BARDILI *de subscript. C.* VI. *N.* VIII. qua non quidem ad *formam* famosi libelli, bene tamen ad *usum* poenae ordinariae nominis emissionem desiderat. Posita enim delicti forma, ponitur quoque poena, et quidquid ad illam sufficit, cur in poena aliter se habeat, non apparet. Neque ratio diversitatis a BEYERO *ad ff. Tit. de injur. Posit.* VIII. allegata sufficit, quod ignotus injurians tutius peccet, et difficulter ex latibulis protrahatur. Nam id ad *inquisitionem*, ejusque *difficultatem* pertinet, poenam non magis alterare, aut ipsum reatum mutare potest, quam homicidium, quod clam et astu commissum capitale est, tale autem, ubi palam perpetratum, esse desinit. Longe minoris, momenti est argumentum a LEYSERO *Sp.* DLII. *Med.* II. ex *l. unic.* ejusque verbis: *nomen suum profiteatur* desumtum. Ex eo enim, quod Imperatores omnes, qui crimen contra aliquem in promtu habent hortantur, ut potius nomen profiteantur in *judicio*, quam extra illud vindictae privatae causa illud in scriptis objiciant, inferre non licet sine nominis professione hunc reatum tantum contrahi. De hoc enim non quaerebatur, sed de eo, utrum mitius esset, crimina in modum ultionis ac injuriae, quam vindictae publicae causa propalare? Posterius suadent Imperatores, et sub *nominis professione* unice *accusationem* publicam intelligunt, de nominis in libello famoso extrajudiciali allegatione nil quidquam memorant. Brevibus, damnant omnem criminis objectionem sive cum, sive sine nominis subscriptione factam, modo esset *privata*, ea sola laudata, ac commendata, quae *palam* non ultionis, sed vindictae *publicae* studio suscipitur. Ita vero

l. c. Leysero parum suffragatur, nec iis proficua est, qui propter verba *als die Rechte sagen articulum* CX. ex illa interpretari, et utriusque amicam conspirationem elicere gestiunt. Ejusdem farinae est, ad quod idem auctor recurrit argumentum, quasi in toto *Codice Theodosiano* ubique libellus famosus, cui nomen non subscriptum, supponatur. In hoc enim petitio principii latet. Ego saltim ex legibus totius tituli id probare non ausim, quum nec de *appositione*, nec de *omissione* subscriptionis quidquam caveatur. Quod si nominis omissio absolute ad *essentiam* famosi libelli pertineret, et *unicam* rationem, eam ab injuria scripta distinguendi constitueret, ea omnino tam ardua et momentosa fuisset, ut sine gravissima socordia alto silentio omitti non potuisset. *Glossatorum* hoc est inventum, qui solo exemplo *Pasquini* commoti, in hanc sententiam descenderunt, atque effecerunt, ut is error ordinationi criminali insereretur. Fac *Pasquinum* libellos ita conscripsisse. Num hi libelli ideo imposterum famosi esse desinent, si nomen auctoris iis insertum? Unde non moror contradictionem quam Kressius ex appellatione *eines Pasquilles*; quoties nomen expressum, extorquet. Nam appellatio haec est *recentior*, famosi libelli, diu ante illam nota. Et si vel maxime libelli isti vocantur *Pasquille*, id non ideo fit, quia nominis subscriptio omissa, sed qui exemplo Pasquini famosum crimen in iis objectum. Denique exceptio Kressii *quod R. J.* de scripturis polemicis odio *religionis* magis, quam *criminis* objiciendi causa confectis, disponat, suo modo vera quidem est non tamen impedit, quo minus ista lex vindex famosi libelli fuerit, quum ex historia reformationis constet, communem persuasionem, *haeresin* esse *crimen* infamiamque importare, tum omnium mentes occupasse, ordines imperii itaque, dum contra eos legem tulerunt, qui religionem reprobatam alteri calumniose objecerant, in scriptis polemicis, perinde fecisse, ac si de quocunque famoso libello, in quo crimina fere infamantia continentur, cavissent. Breviter: lex ex intentione legislatorum ad compescendum crimen famosi libelli lata, licet quae ibidem subsumitur religio peregrina, nec verum crimen sit, multo minus infamiam, nisi ex more illius saeculi, importet.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM XCVIII. N. 44.

Veritas convitii in famoso libello non attenditur. Ne quidem in poena arbitraria.

Quae ratio probationi *veritatis* ut ab omni poena liberet, in quacunque injuria obstat, eadem multo magis impedimento est, quo minus auctor famosi libelli, qui vera opposuit, impune factum ferat. Tametsi enim reipublicae sciri proficuum, quis libello similia complexus fuerit, *libera tamen potius intentione, quam captiosa et occulta conscriptione alterius scelera manifestare oportebat*, ut ait Theodos. *l. 1. Cod. de fam. lib.* Quod dum neglexit, et infamare alterum maluit, quam accusare, merito proterviae

poenas sustinebit, quod etiam claris verbis comprobat *Art.* CXX. *C. C. C.* quibus sine causa contradicit Zieritz recte notatus a Bergero *p.* 88. Neque audiendus Cothmannus, qui concurrente cum veritate causa convitiandi probabili, ad minimum contra poenam *extraordinariam* disputat, quum illa quantacunque fuerit, excessum hic commissum non tollat. Clasen. *p.* 370.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM XCVIII. N. 49.

Retorsio contra pasquillantem admissa. Num contra pingentem? Etiam contra incertum auctorem retorqueri potest.

Alia quaestio est, an *retorsioni* hic locus, laesoque integrum sit, per alium famosum libellum injuriam repellere? Qui eam negant erronea opinione moventur, quod in casu famosi libelli de auctore non constet, et sic subjectum deficiat, contra quod retorqueri posset Carpzov. *P.* IV. *Const.* XLIV. *def.* V. Admisso vero famoso libello cum auctoris subscriptione non video, cur non admittenda retorsio moribus perversis simul recepta? Interim sit ita, uti Carpzovius sentit, ratio ejus tamen parum probabit. Si enim auctor ignotus non existit adversus quem retorqueri famosum scriptum posset. Quid vero si auctor aliunde detegatur, qui nomen aut occultaverat, tunc certe contrariae scholae auctores inviti admittere coguntur retorsionem. Quid? quod *retorsio* etiam contra *ignotum* suscepta nil absurdi contineat, quoties quis auctorem *quisquis ille fuerit*, pro tali, qualem se esse falso calumniatus erat, declarat, scriptumque typis expressum publici juris facit. Ita contra *vagabundos* retorqueri injuriam posse, judicat Titius *ad Lauterb. Obs.* MCCXLIII. De *pictura* famosa hanc eamdem quaestionem movet Brunquell *c.* I. §. XXIX. Si de pictore constiterit, quid prohibet, eamdem retorsionem admittere? Pictura enim non magis quam scriptura signum voluntatis depravatae est, nec apparet cur, quod in hac licitum esse potest, in illa illicitum sit. Frequentiam hujusmodi retorsionis tempore reformationis inter diversae religionis assectas ipse in subsidium vocat, *injustitiam* vero ex *alio* capite, quod haec propagandi religionem ratio voluntati Dei repugnet deducit, quae inspectio tamen non hujus loci est, cum retorsio non aliter moribus probetur, quam quatenus ad propulsandum, et suspendendum *iniquum* aliorum *judicium* ab eo suscipitur, qui bona *conscientia* munitus in publicum prodit, et verba scelerata in lacessentem vibrare non dubitat.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM XCVIII. N. 61.

Mitigantia. Nominatim transactio an prosit.

Etsi haec mitigantia colligi nequeant ex verbo cit. art. *Erfindug der That* quae ad meram delicti

probationem pertinent, probat tamen illa cum recta ratio, tum analogia juris, quae talia in coercitione aliorum criminum admittit. Nam ubi ex principiis jurisprudentiae criminalis *communibus* ratio peti potest, non opus est *speciali* lege. Imprimis huc refero *transactionem* cum parte laesa, quae poenas arbitrarias in genere moderatur. Ob hanc pecuniariam poenam dictasse ordinem nostrum memini, ei, cui ob gravitatem facti antea per sententiam perpetua relegatio imposita fuerat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM XCIX. N. 43.

Vox Wette. Pensatio doloris hodie cognita. Deformitatis ratio.

Ita sumitur *die Busse* in sensu strictiori, opponiturque *poenae* fisco solvendae *dem Gewette* in *J. P. S. Lib.* I. *A.* LIII. *Lib.* III. *Art.* XLV. Alias late modo *omnem* poenam pecuniariam continet Bigon. *ad form. Muculph. Lib.* I. *C.*XX. modo quamcunque *satisfactionem publicam*, et privatam, damnive pensationem Fresne *Gloss. v. emenda*. In strictiori significatu, quatenus injuriae et dolorum compensationem continet, e veteri jure Germanico retenta et hodienum sub appellatione *des Schmerzen-Geldes* venit, cujus *Ordin. Crim. Art.* XX. *C. C. C.* mentio facta quaeque laesis adjudicatur ob vulnera illata, ut praxis quotidiana docet Stryck. *V. M. Tit. de leg. Aquil.* vid. infra *Qu.* CXXVIII. *Obs.* II. Cicatricum et deformitatis, nec jus romanum *l.* 3. *ff. si quadrup.* nec forum hodiernum rationem habet. Sunt tamen, qui virgines, aut viduas, quibus *forma* pro dote est, si deformatae fuerint, audiendas esse docent. Quod rationem habet, et probatur a Schiltero *Ex.* XIX. §. XXXVI. hactenus, ut non tam vulnus, quam spes *nuptiarum* ejusmodi deformitate *difficilior* reddita, in aestimationem veniat. Recte tamen monet Stryck. *V. M. Lib.* IX. Tit. III. §. V. non solum hanc inspectionem aestimationem fundare, sed in genere *injuriae* illatae qualitatem, adeoque etiam a viro, et juvene, imo foemina nupta, hanc aestimari posse, Simon *van Leuwen cens. forens. Lib.* V. *N.* XVIII. Idque etiam juris romani analogiae convenienter, cui injuriae aestimatio non repugnat, sed congruit, ut, *atrocitas* injuriae, cum inde pendente aestimatione ex *loco*, cui illata determinetur §. 9. *J. de injur.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM XCIX. N. 55.

Ad sostrum auctor rixae tenetur, nisi lacessiti gravior in vulnerando excessus fuerit.

Hoc summam aequitatem habet, quum omnis culpa redundet in insultantem, vel *rixae auctorem*, quilibet vero hanc propriae culpae poenam ferat, ut de reparatione damni queri nequeat, etiamsi alter in defensione excessum commiserit *l.* 52. §. 1. *ff. ad l. Aquil.* Nam tunc in *utrumque* culpa concurrit, quarum

alterutra alteram compensat. Quod, uti regulariter et ordinarie dubio caret, ita non immerito aliud servatur, si de magno *excessu* constiterit, qui non potest non *majoris culpae* reum facere insultatum, quod ad restitutionis damni et impensarum necessitatem sufficit Horn. CCXV *N.* XXXV. Wernh. *P.* I. *Obs.* LXXXIII. Quis autem sit excessus insignis arbitrio judicis relinquendum, imprimis vero is ex *qualitate* insultationis personarum vulnerumque illatorum definiendus. Si enim rixa a facto *indifferenti* vel leviori injuria initium ceperit, si digniori ab *inferioris* sortis homine vis facta, denique si *multitudo*, gravitasque vulnerum liquida est, circa excessum graviorem non adeo laborandum. Magis adhuc rem temperarunt Helmstadienses JCti apud Leys. *Sp.* CXII. *Med.* III. dum rejecta liquidatione doloris operarum quibus auctor rixae caruit, et imposterum cariturus est, tantum in *expensas* medicis et chirurgis solutas vulnerantem eo casu condemnarunt. Quasi major sit *damni* emergentis, quam *lucri cessantis* favor, adeoque illud facilius, quam hoc adjudicari possit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM C. N. 4.

Magistratui illata injuria verbalis quando privata, vel publica sit? Realis semper publica. Etiam in exercitio jurisdictionis voluntariae. Vis apparitoribus facta publica.

Sanctum et inviolabilem quemcumque esse oportet. Sunt tamen quibus hoc prae aliis datum, ut *singulari* sanctitate contra injurias gaudeant. Haec diversitas varios *gradus* producit, quorum summus *Principi* debetur, ab hoc proximior *magistratibus*, intermedius *parentibus*, et penes quos imperandi quaedam potestas, infimus reliquis *concivibus* proprius. Fundamentum hujus sanctitatis in genere quidem salus et securitas civitatum subministrat, a qua omnes in republica participare oportet, multo majori gradu vero illi, quibus procuratio ejusdem *specialiter* concredita quique non tantum in jure dicendo justitiae sacerdotium exercent, verum etiam ad hoc constituti, ut vindices sint injuriarum alterutri illatarum. Augustum hoc munus *eminentem reverentiam*, et auctoritatem iis tribuit dignissimam, ut ejus temeratores gravioribus poenis audaciam luant. Unde omnis injuria *magistratibus* illata *atrox* est, et sine dubio severiorem coercitionem meretur, non tantum, quae *factis* contumeliosis verum etiam quae *conviciis* fit verbalisque audit. Oppro-

brium quod verbis alteri opponitur, aut *personam* concernit aut *munus* publicum laedit, prius *privatum* est, nec adeo singularem poenam meretur, posterius *publicum*, et gravior injuria audit, tantoque majori poena pensari debet. De eo autem judicandum ex conjecturis, quas circumstantiae intuitu quorum convitium factum, suggerunt. Indubium tamen ejus monumentum est, si vel in *loco judicii*, vel dum *officio* judicis *fungitur*, aut intuitu ejus, ob quod officio jam functus est, aut ob talem caussam inferuntur, quae ipsum, non ut *privatum*, sed *personam publicam* concernit. Mev. *P.* IX. *dec.* III. Hoc amplius, omne convicium, quo officium ipsum *vilescit*, et despectui esse incipit, huc pertinet, ut ecce: si quis non *individuum* blasphemaverit, sed *consules*, *senatores* sceleratos esse dixerit. Nam etiam hoc opprobrium ad ipsum officium dirigitur. Singulare specimen nefarii hominis qui in scriptis cumulum ejusmodi conviciorum coacervaverat, et poenam corporis afflictivam meruerat, habes apud B. Parentem *T.* I. *Cons.* MXCIV. Aliud dicendum si jurgia privata, caussa calumniarum fuerint, vel odiō privato quis commotus injuriosis verbis personam judicis petierit, quo casu injuria magis pro *privata* habetur, et molliori coercitioni subest. Atque pro hac in *dubio* semper interpretatio capienda, secundum communia principia, quae semper id quod benignius praeferendum, jubent. Quod ad reales injurias attinet, dubito, an ea distinctio usum habere, et fieri possit, ut sine muneris contumelia illae judici inferantur? Saltim si *plagis*, *vulneribus*, vel alio *facto* per se contumelioso judex petitus fuerit, non potest non per *indirectum* munus, quod gerit, publicum laedi, despici, adeoque ipsa injuria pro *publica* et graviore haberi, tametsi ex causis mere *privatis* oriatur, quum dignitas et veneratio personam judicis perpetuo sequatur, et factis ejusmodi atrocibus semper *simul* laedatur. Sin factis *indifferentibus*, sed injuriae caussa susceptis, veluti *arresti* impositione facilius contingere potest, ut ejusmodi injuria factis declarata in *privatam* abeat. Plane si etiam hoc casu vel in *loco* judicii, vel in *muneris executione* manus impiae judici illatae tanto minus de gravitate facti dubitandum, quo certius est, in *vim publicam* incidere, qui contra magistratuum potestatem publicam rite exequentem talia moliuntur consequenter ex caussa publici criminis magis quam injuria, obnoxios manere. Neque refert judex laesus fuerit *ordinarius*, an extraordinem *delegatus*, quum haec circumstantia auctoritati publicae, indeque pendenti sanctitati, utrique propriae, nil deroget. Quo nomine nobilem qui ad fines regundos virum delegatum verbis, plagisque contumeliosis exceperat, ad *durissimos carceres* condemnatum ab ordine nostro novi. Par ratio est *apparitorum*, aliorumque jussus magistratuum exequentium, quorum inviolabilitas et atrocior laesio ab auctoritate et veneratione jubentis magistratus pendet, usque adeo, ut quae illis vis fit, huic facta videatur. Quale quid contingit ubi *executioni* iis gravior opponitur, aut violenta reorum *exemtio* contra utilitatem publicam tentatur Theod. *coll. crim. c.* VI. *aph.* VII. *N.* XII. Decian. *Lib.* VIII. *C.* XVI. *N.* XXVIII. Neque haec as-

serta ad actus *justitiae* tantum pertinent, sed in *voluntariae* jurisdictionis exercitio eumdem usum habent. Sic ad perpetuam relegationem damnasse ordinem nostrum civem recordor, qui judicem ad recipiendum testamentum delegatum, ipsumque ut donec actus testandi perduraret paulisper secederet, humanissime interpellantem, metu amittendae legitimae haereditatis, alapa inflicta, foras ejecisset.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM C. N. 6.

Judex injuriam suam ipse vindicat si liquida, certave fuerit. Assertio officialis laesi num fidem plenam habeat?

Quis vero hasce injurias vindicabit? num *judex* ipse, an alius pro judice laeso communiter pronuntiant. Sed res distinctione indiget. Aut enim judici ut *privato*, an *ut tali* ratione officii injuria infertur, priori judex ad instituenda injuriarum remedia, forumque *rei* competens, aut si hoc penes ipsum laesum fuerit, ad superiorem remittendus est. Est enim haec caussa mere *privata* solam judicis personam concernens, circa quam nil movet a regulis ordinariis recedere, secundum quas nemo in *propria* caussa judex est, Graev. *concl.* XXXIX. vid. *l. un. Cod. ne quis in sua causs.* Posteriori, uti jurisdictionem, ita sanctitatem et auctoritatem *poenali judicio* ipse judex defendere potest arg. *l. un. si quis jus dicent: non obtemperaver.* Nam caussa haec non est judicis propria, sed *rei publicae* cujusquam maxime interest, non vilescere, quae judiciis debetur *veneratio*. Quod, etsi nonnulli contra *subditos* admittant, intuitu *exterorum* indiversam abeunt, sententiam Carpz. *Lib.* VI. *Tit.* IX. *Resp.* XCVII. *N.* XIX. vix tamen assensum impetrabunt eo, quod quilibet delinquendo forum sortiatur, nec major ratio sit *auctoritatem* judicis tueri contra subditos, quam extraneos, qui, si poenale hoc indicium effugerent, saepe impune delinquendi potestatem nanciscerentur. Quod uti in *verbalibus* injuriis liquidum, ita multo magis in *realibus*, iisque gravioribus servandum, quas omnium minime respublica impune ferre potest. Simili quid obtinet, ubi *nunciis* judicialibus convicium factum, aut vis ipsis illata, quippe quorum opera judex in functionibus publicis utitur hoc effectu, ut quod contra hos tentatum, ad ipsum *magistratum* pertinere, videatur. Oportet tamen injuriam esse 1) *certam*, seu cui a reo ad sui defensionem specie *justa* nihil opponi potest, si enim contra excessum in jurisdictione quis se defendit, cessat. Praeterea 2) liquida esse debet, ut longiori indagatione non indigeat *c. l.* X. *de poen. in* 6. Aliud dicendum, si in *altiori indagine* latet, qualis est qua *testium* examine legitimo antea probanda, quod sine temporis tractu et mora fieri nequit Mev. *P.* VI. *dec.* CCCXLIV. *P.* IX. *dec.* CVIII. quo casu a *superiore*, mediante judicio solemni, magis satisfactio quaerenda, quam in caussa propria quid attentandum Gail. *l. obs.* XXXIX. *N.* IV. tametsi reum *prehendere* ob facti atrocitatem, et cognitionem futuram praeparare prohibitum non sit. Neque aliud obtinet si contu-

melia *ministris* inflicta, quae si negari nequit, eodem modo mox vindicabitur, non vero *contradicta*, ac *negata*, de qua non nisi *caussa cognita* in foro rei ordinario quid definiendum. Neque *assertioni* ministri ea in re fidendum, etsi alias in rebus ad officium pertinentibus plenam fidem habeat. Nam id quidem, ubi de interesse mere *privato* quaestio est, admitti, difficilius ad effectum poenae publicae trahi potest.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM C. N. 43.

Intercessio paterna num poenas mitiget?

Parum conveniens est provocatio Auctoris ad *l.* 3. *C. de P. P.* pro defendenda efficacia paternae intercessionis ad effectum poenae *mitigandae*. Ista lex enim manifeste reliquias *patriae potestatis* spirat, et judicii *domestici*, quod ipsi in liberos olim competebat, quo sublato, istam sanctionem exolevisse oportet. Neque tamen ideo improbo sententias Scabinorum, sed in casu proposito iis ideo assentior, ne scilicet *infamia*, quam ex *fustigatione* imminente expectat filius, propter atrociorem injuriam, in ipsam *familiam*, patremque redundet. Extra hanc poenam in universum intercessio patris contra capitis supplicium molliorem poenam haud efficit. Quo respexit Mevius *N.* IV. *dec.* CLXXXIV. *N.* 6. dum judicem hodie non ex voluntate patris contra filium pronunciare, usumque *cit. l.* 3. eviluisse asserit.

OBSERVATIONES SELECTÆ

AD

BENEDICTI CARPZOVII, JC.

PRATICÆ NOVÆ

RERUM CRIMINALIUM

PARTEM TERTIAM.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CII. N. 55.

Notio vocis: peinlich. Criminale quid olim?

Quod si notio, quae *legibus* Germaniae non tantum congruit, verum etiam usu loquendi frequentissima est, *propria* audit, non video, cur ea, quam vox *peinlich.* in *C. C. C.* prae se fert, ceu ipse Auctor pluribus locis probavit, *impropria* dicenda. Vix extat articulus, in quo appellatio *peinlich* ad solas poenas *corporis afflictivas* imminentes restringenda, sed ubicumque Carolina comprehendit hac voce eas, quae *majoris* praejudicii sunt, et *publicam* satisfactionem pro scopo habent. Certe dispositio *art.* XXII. ad solas *corporales* restringi nequit, etsi ex praejudicio vulgari aliud visum Leysero *sp.* CCXLI. *M.* VI. Est enim regula hoc articulo exposita generalis, ad omnia delicta pertinens, quibus *notabilis* poena cohaeret, non solis poenis *corporalibus* propria. Multo minus hoc de articulo CLXXVII. et CLXXVIII. *Const. Crim. Carol.* statuendum, quia gradus poenarum tum in delicto auso, sed non perfecto, tum in sociis criminum coercendis, de quibus casibus hi Articuli agunt, tam late patent, ut modo, carcerem, relegationem, iterum corporis afflictivam comprehendant, ceu lippis et tonsoribus notum, et tamen *peinliche Straffn* hic audiant. Nec video, cur poena pecuniaria gravissima, aut condemnatio ad carceres *perpetuos*, vel longiores, non ad eadem prorsus principia exigenda sit, quibus corporis afflictiva regitur, quum utrobique *praejudicium* non multo dissimile sit. Nam ad poenas civiles has, quas enarravi, referre, perinde mihi vi-

detur, ac si quis novis inusitatis, ac ineptis vocabulis jurisprudentiam criminalem confundere vellet. Parum praesidii *speculo Saxonico* inest, quod hac appellatione promiscue utitur, eam de gravioribus, et quibus, cum notabile concurrit praejudicium, usurpat, non ad solas corporales restringit. *Glossa ad Art.* XVII. *Weichbildi* plena est naeniarum, ut mirum, quomodo illa quosdam detinere potuerit. Ad extremum, quam vox *Pein* suppeditat, notio, praeeunte glossatore, non tam clara est, quia illam praeter dolorem omne id, quo aliovi aegre fit, comprehendere, excipi possit. Ipsa Glossa enim variat dum *ad J. P. S. Lib.* I. *art.* LIX. §. III. in haec verba erumpit: *ged aber dy Klage uff pyne, das is an lip adir an ehre, so muss sie ein ober Richter richten.* Atqui judex superior solas criminales poenas imponebat, quibus tamen *infamia* hic certe accensetur. Neque aliter *Carolina art.* CIV. cujus sanctio tamdiu auctoritatem habet, donec strictior significatus ex legibus probetur. Unde mea quidem sententia *Peinlich* idem est, quod latini *criminale* vocant, seu quod *publicam*, talemque satisfactionem continet, ob quam non sola actio civilis privata, aut quae huic non multo dissimilis, *summaria*, sed *solemnis* inquisitio vel accusatio cohaeret. Equidem majoribus criminale audiebat, quod vel membrorum *ademtionem* concernebat, ut ex legibus *Normannicis* probat Puffendorff *de jurisdict. Germ. P.* II. *S.* II. *C.* §. XIX. sed hoc nihil cum corporali poena commune habebat, imo potius poena, *quam virgae mollicie subeunt delinquentes*, diserte criminali contradistinguitur *in LL. Norm. P.* I. *C.* XXXVI. §. VII. Denique appellatio *zu Haut und Haar*, quam ipse Glossator de fustigatione interpretatur, *ad art.* XXX. *jur. munic. Magdeb.* causas minores, et cognitionem civilem judicis minoris, seu *Gogravii* in villanis electi, non ejus, qui *banno* regio investitus, pertinebat *J. P. S. Lib.* II. *a.* XIII. *J. P. A. C.* LXXIII. §. II. *C.* LXXIV. §. II. *edit. Schilt.* Constat ergo, Auctoris interpretationem ex omni parte vacillare, et nec stylo veteri, nec recentiori convenire, adeoque satius esse, ut in eo juris Germanici significatu subsistamus, quem ipsa Carolina per omnes articulos servavit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CII. N. 66.

Atrociora crimina quae?

Illud negari nequit, variam inter delicta observari relationem, quae alterum altero gravius reddit, sed ut ea certis terminis specifice circumforibatur, non admittit actionum inhumanarum varietas. Unde difficillima est specialior *atrocium*, et *atrocissimorum*, vel quod eodem recidit, *exceptorum* et *non exceptorum* determinatio. Subvenisse difficultati sibi videtur Ant. Mathaei *C.* VIII. *proleg.* §. II. III. IV. remissione ad atrocem quorundam delictorum *naturam*, quibus neque abolitio, nec asylum prodest. *l.* 12. *ad SCt. Turpill. l.* 1. *Cod. de general. abolit. l.* 3. *C. de test. l.* 16. *de poen.* sed non felicio-

ri successu. Quid enim hoc est? *dantur delicta atrocia quae atrocem naturam habent.* Vellem ut talia communicasset, et authenticum *catalogum* conscripsisset, alioquin pleraque dubiae ac incertae indolis sunt mansura. Adhaec ex circumstantiis *loci, modi, temporis* omnia etiam leviora degenerant in atrociora, quo posito, nullum *per se* atrox, sed omnibus ista appellatio communis erit. Si quae ex omnibus, quotquot circumferuntur interpretationes, assensum meretur, est omnino illa, quam Auctor noster proposuit. Ad minimum ex atrocissimis *certiores* terminos ponit, iisque jura quaedam *propria*, ac *singularia* conciliat, de quibus sequenti observatione agendum.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CII. N. 67.

Utilitas distinctionis inter delicta simplicia et atrocia.

P*rior* quam Auctor allegat, utilitas magis ad *summum gradum*, quam ipsam *repetitionem* torturae referenda. Nam laniena haec, quae integrum carnificis apparatum complectitur, plerisque improbata, nec ejus ultimus gradus aliter, quam in atrocissimis delictis admittitur, Berg. *El. crim. p.* II. *Obs.* CLXXIV. Falckner *de reo variante Cap.* III. §. IV. in reliquis ultra secundum vix proceditur. Contra repetitio, tantum abest, ut plus vice *simplici* locum habeat, ut potius tertia tanquam inanis et parum proficua, ex veriori sententia in atrocioribus plerumque exulet, quod, etsi *prudentiae* ab interpretibus tribuatur, parum abest, quin in jus transierit, quandoquidem articulus de tortura tertium iterata, nulla *lege scripta* nititur, adeoque sola prudentia; ipsa *Analogia* juris probata, quae in omnibus delictis eadem est, moderatur iterationem. *Altera* utilitas ab Auctore recte reprobata [illegible] principiis juris *Canonici*, quae in crimine *haereseos* tamquam gravissimo ejusmodi ASYDATA invexerunt quibus tincti plerique illam ad alia crimina *graviora* sine lege ac ratione transtulerunt. Et quae consequentia? rigor *poenae* est extraordinarius, ergo *processum* extraordinarium, aut irregularem esse oportet. Imo vero invertenda propositio, et quo *gravius* ex poena praejudicium imminet, eo cautius ac diligentius inquisitio formanda, eoque minus a regulis ordinariis recedendum. Ita, dum de crimine magiae loquitur, judicat Balduin. *ad Inst. Lib.* IV. *Tit.* XVIII. *Quo gravius*, inquit, *et ab hominis ingenio magis alienum est hoc malum eo, major adhibenda cautio, ne quis ejus praetextu ab adversario temere obruatur. Facile enim hic quidvis confingere potest ingeniosa simultas; ut et multitudinem credulam statim commoveat et attonitos judices irritet adversus eum, quem cum daemonibus rem habere mentitur.* Gemina sunt, quae eam in rem ratiocinatur Auctor *caut. crim. dub.* XXXVII. Quidquid sit, Auctor, tametsi absurditatem rei hic agnoscat, non tamen sibi satis cavere potuit a professione propositionum ex hoc fonte profluentium, ut frequentissima ejus

provocatio ad crimina *excepta*, a regula eximenda docet. Eoque refero, quod nec hodie penitus eradicari potuit praejudicium, ex quo judices, si quod *atrocius* crimen commissum, de mediis, innocentissimis dubitabundi pronuntiant, et ob enormitatem criminis, quamvis in *hypothesi* adhuc dubii, in concedendo salvo conductu, vel admittenda defensione moras nectunt, non attendentes, quod his consiliis nocere quidem reis, nemini autem ne quidem Reipublicae, prodesse possint. Si quae utilitas admitti potest, haec erit, quod in atrocioribus conatus, si ad actum accessit proximum, reusque, quantum in se fuit, crimen perfecit, poenam *capitalem* subire possit, ut supra *Qu.* II. *Obs.* IV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CIII. N. 11.

Regulas processus criminalis moderatur prudentiae judicis.

Quaerelae contra inordinatum processum criminalem in re tanti momenti, sunt justissimae. Peccant judices, non modo, quum de *puniendo* reo, verum etiam quum de *inquisitione*, et praeparanda causa ad futuram poenam agitur. Utrobique modum servare negligunt, et quidem a) *in puniendo*, quoties acerbiores sunt lege ipsa, vel vice versa praetextu *aequitatis* ita delicta coercent, ut coercuisse h. e. avocasse alios ab eorum executione non videantur, b) in *inquirendo*, quoties, quae ad eruendam veritatem pertinent, obiter et sine exacta diligentia tractant, vel ex altera parte nefario conatu saeviunt in delinquentes; et *arbitraria* jurisprudentia nimis abutuntur. De posteriori vitio hic potissimum sermo est, quod utroque respectu periculosum audit. Quia tamen executionem officii judicialis moderatur prudentia, ab ipso Carolo V. *art.* I. commendata, non male officio suo judicem functurum crederem, qui, habita ratione ipsius rei delinquentis, judicat, an non a regulis ordinariis quodammodo aliquando recedere satius sit. Sunt enim saepe homines *versatissimi*, et ita in respondendo, vel implicando delicto astuti, ut, ni paulisper ab ordine inquisitionis recedatur, vix auctor delicti erui possit. Loquor potissimum de examine *textium*, ipsius *rei* et iis actibus, qui per se injuriam non sapiunt, interim ob regulas prudentiae certum ordinem servant, non *facile* quidem convellendum, *aliquando* tamen omnino, et salva justitia negligendum. Ex pluribus casibus in praesenti notasse juvabit, *suggestiones* vix probare leges, non reprobare tamen eas, si in *hypothesi* spem singularem veritatem eruendi, sine injuria rei, faciunt. Praeterea omnes regulae, quae ad indicia erga reum conquirenda prostant, tametsi per leges determinentur, ejus sunt indolis, ut sola *prudentia* judicis secundum praesentes circumstantias *moderetur* earum applicationem. Quod egregie illustrat *Auctor des judischen Baldobers* qui in casu furti famosissimi, et eum singulari versutia a judaeis commissi docet, auctores ejus nunquam detectos fuisse, si methodo *ordinaria* judex procedere,

et stricte regulis insistere studuisset! Aliud dicendum, si actus per se manifestam *injuriam* sapiunt, puta aequivocae vel sub spe remittendae poenae factae quaestiones, tortura sine indiciis proximis applicata, qui quocunque demum modo suscipiantur, *vitio* carere non possunt, nec judicem deviantem ullo modo excusant.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CIII. N. 49.

Origo processus inquisitorii. Sine Accusatore jure Germanico olim nulla condemnatio.

Vexatissima est inter eruditos quaestio de origine processus inquisitorii, quam ex professo speciali dissertatione examinavit Thomasius. Primarium et gravissimum, quod hic in censum venit, dubium est, utrum ejus natales in jure *romano* quaerendi? Ita judicant Duarenus *disputat.* I. *Cap.* XXVIII. Ant. Mathaei *Lib.* XLVIII. *Tit.* XX. *C.* I. et inter recentiores Leyser *ad ff. Sp.* DLX. *Med.* X. moti tum *conquisitione* ac *requisitione* reorum in monumentis antiquis frequentissima, ab *Irenarchis*, *Stationariis* ac *Curiosis* facienda, tum *remotione* tutoris suspecti ex officio suscipienda, *l.* 3. §. IV. *de suspect. tutor.* Uti vero qui in *Occidente stationarii*, in *Oriente* Irenarchi audiebant, *cognitione* destituebantur, et munus a paritoribus non multo dissimile, gerebant, Cuiac. *Lib.* I. *Obs.* XXXIII. Curiosi vero crimina tantum *deferebant. l.* 1. *Cod. de curios.* Ita conquisitio cum inquisitione nil commune habebat, ceu ex professo docuit B. Parens. *J. E. Tit. de accus.* §. LXXXVI. Imo potius harum personarum officium erat, ut quia epistolae eorum vix fidem habebant, *l.* 6. *de custod. reor.* ex muneris *necessitate* delatos *accusarent*, et legitime convincerent, remissa tamen, *voluntariis* accusationibus propria, in *crimen inscriptione. l.* 7. *de accus.* Tutoris remotio vero etsi praevia *quasi* accusatione fieri dicebatur, vere tantum *postulatio* civilis erat, cuilibet, et in specie magistratui, tanquam tutori supremo propria, adeoque ab hac ad verum processum *criminalem* nulla prorsus valet consequentia. Quanto rectius morem judiciorum depicturus Cicero *pro Roscio Amerino* ait: I. *Nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest. Eumdem morem* Festus *laudat. act.* XXV. *versu* XVI. inquiens: *non est consuetudo Romanis damnare aliquem hominem ad perditionem, prius quam accusatus ad conspectum habeat accusatores, locumque defensionis accipiat de criminatione.* Neque alia est sententia *l.* 6. *de muner. et hon. et l.* 38. §. VII. *ad l. Jul. de adult.* quas praecipue in partes vocat Cuiacius *c. l.* ad evincendam thesin *exulasse jure romano processum inquisitorium.* Nec alia facies rerum in Germania fuit. Sunt, qui eum ex *ordaliis* repetunt, exemplo Meindersii *de jud. cent. C.* V. §. II. sed frustra, quum ordalia ad solam *probationem* criminis, vel innocentiae pertinuerint, et cum accusatione, passim in legibus obvia conjuncta fuerint. Contrarium potius docet

vetus paroemia *Wo kein Klager ist auch kein Richter*. HERT. *Lib.* I. *Paroem.* XII. quam totidem verbis repetunt leges vetustae municipales passim obviae. vid. *El. jurisprud. crim. S.* I. §. LXXXVII. Cum hac conspirat privilegium HENRICI III. Abbat. et Avvocat. S. Maximinii apud LUNIG *Spicil eccles. Contin. P.* I. *p.* 272. et 278. quo interdictum, ne judicent si homo hominem laeserit, *nisi adsit accusator.* Soli juri *Canonico.* Sec. XIII. publicato primi natales debentur, quod in notoriis et *haeresi* hanc viam elegit, et pedetentim ad alia crimina eruenda traxit, cujus exemplo fora criminalia, uti in aliis rebus quam plurimis, ita in hoc processus genere pedetentim in judiciis criminalibus innovationem introduxerunt, ceu ex professo docuit B. PARENS *cit. l.* Idque alibi citius alibi serius contigit, alibi cum *distinctione* receptum. Nominatim apud Ultrajectinos multum interfuit, utrum delicta atrociora *Ondaden* dicta an *leviora* perpetrata. In illa inquirere absque accusatore licuit; haec sine accusatore expiari haud poterant. HEDA *Hist. Ultraject. pag.* 238.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CIII. N. 51.

Processus inquisitorius an summarius?

Est hoc praesidium Auctori per quam familiare, ut, quoties in decisionibus circa capita processus formandis leges eum deserunt, rationem decidendi in eo, quod processus inquisitorius sit *summarius*, collocet, vid. infra *Qu.* CXIV. *N.* XXI. *et Lib.* VI. *Tit.* IX. *Resp.* LXXXVI. Tolerari posset hoc praedicatum, si ad *apices* juris et mera formalia restringeretur, nec communicaretur partibus processus essentialibus, defensioni, torturae, similibusque in manifestam reorum injuriam. Sed scripta auctoris nostri sole clarius evincunt, quale deliquium passa sit jurisprudentia criminalis hac ipsa appellatione, et quae paradoxa praejudicium processus *summarii* pepererit. Revera enim processus summarius ipsi est *arbitrarius*, et ejus indolis, ut quae indicia vel probationes secundum leges non sufficiunt, sufficere in processu *inquisitorio* credat, quod non ferendum. Aliud eum docere potuisset *Constitutionis Carolinae Art.* VIII. qui nullam differentiam utriusque processus in iis capitibus, quae ad eruendam facti veritatem pertinent, agnoscit, et sic non potest non improbare conclusiones ex isto praejudicio ab Auctore hinc inde defensas. Verba haec sunt: *So soll es der peinlichen Frage, und aller Erkundigung halber so zur Erfindung de Wahrheit dielinch ist, auch mit Rechtfertigung auf des Thaters Bekennen, gehalten werden, wie klarlich hernach, die auf Klager eingebracht werden, geordnet ist.* Ejusdem commatis est. *Art.* LXXXIII. *C. C. C.* qui ita disponit: *In allen peinlichen gerichtlichen Handeln sollen Richter und Schoppen diese unsere Ordnung und Satzung haben und sich darnach richten.* Certissimo argumento, judicem ne latum quidem unguem ab iis regulis,

quae ad cautam *facti* indagationem in Carolinae praescriptae, in processu inquisitorio recedere posse, quod ei omnino concedendum foret, si processus inquisitorius secundum mentem Auctoris summarius esset.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CIII. N. 56.

Ob furtum conjugum et heredum proximorum restricta inquisitio.

Non tantum *Art.* I. judici in genere sui officii observantiam in mentem revocat, sed in specie, deficiente accusatore, eum procedere debere, jubet *Art.* CXIV. Sive itaque is in totum reos in jus vocare desinat, sive in ipsa inquisitione quid, quod sui officii est, negligat, utroque modo contra leges agit, et poenas neglecti officii merito sustinet, quae modo pecuniaria praestatione, Stephan. *de jurisdict. Lib.* V. *Cap.* XXXIX. modo *amissione jurisdictionis*, si abusus gravior et frequens fuerit, absolvuntur, *l.* 3. *C. de officio praes.* Barth. Hodog. *forens.* C. VI. §. III. *Celeb.* Just. Henr. Mylius *de privatione jurisdictionis ob abusum.* Duo tamen sunt casus, in quibus inquisitio ex officio prorsus prohibetur, nec judex, si velit quidem, inquirere potest, sed delatorem expectare tenetur, ob furtum nimirum *conjugum* et proximiorum *heredum*, de quibus nominatim agit *Art.* CLXV. *C. C. C. So einer aus Leichtfertigkeit oder Unverstand etwas heimlich nehme von Gutern der er sonst ein nachster Erbe ist, oder so sich dergleichen zwischen Mann und Weib begebe, und ein Theil den andern anklagen wurde . . . doch soll die Obrigkeit oder Richter in diesen Fallen von Amts wegen nicht klagen noc stroffn.* Haec verba aut non intellexit, aut non intelligere voluit Lyncker, qui *Decis.* CCXXXI. MCDIV. hunc articulum ad solam remissionem poenae *capitalis* prodesse, judicium autem non impedire existimat, quo minus non rogatus, etiam transactione inter coheredes inita, procedat. Utrumque in hoc articulo *singulare* I. quod nec poenae ordinariae, nec II. inquisitioni, invita parte laesa, locus sit. Quod, utrum secundum Lynckerum ex male intellecta *L.* 1. *C. de crim. expil. hered.* constitutum non adeo liquidum, licet occasionem ibidem quaesivisse, non adeo absurdum sit. Refert speciem priorem *C. l.* 1. posteriorem *l.* 4. *C. eod.* et utrobique rejecto judicio de expilata hereditate, actio mere *civilis* admittitur, perinde ac statutum in *l.* 3. *C. fam. erciscund.* ratione a jure *societatis* petita, secundum quam nemo in re quasi sua, h. e. communi, propric criminis reus fieri potest. Longe aliter philosophatur Carolus noster, quem non tam societas, quam domesticus, ac *familiae* nexus cohibuit, nequid decerneret in contrectantem, quod *laeso* simul molestissimum, et *injurissimum* esse posset. Ita vero non potuit non cum poenae rigorem remittere, de quo supra *Qu.* LXXXII. *Obs.* II. actum, tum in specie odiosam inquisitionem, cujus comes esse solet *existimationis* dispendium, in ipsum laesum redundaturum, de quo

capite hic agendum, constringere. Solius enim *laesi* favorem Imperatorem determinasse, argumento est, quod praecise ejus quaerelas ad excitandum judicem requisiverit verbis: *und ein Theil den andern anklagen wurde*, quasi volenti nulla injuria facta intelligatur per inquisitionem, nolenti vero, et injuriam dissimulanti, ea fraudi esse non debeat. Hinc concludo I. delationem *aliorum*, quorum non adeo interest, haud sufficere ad fundandam inquisitionem, quamdiu laesus, ut dictum, connivere, et injuriam contemnere paratus est, qualis est *conjux* vel *cohaeres*, non extraneus, adeoque speciem de heredibus contra *novercam*, vel superstitem mulierem ob expilationem haereditatis mariti querentibus, qualem exhibet Auctor *Lib.* VI. *Tit.* IX. *Resp.* LXXXV. huc non pertinere, nec inquisitioni impedimento, sed potius ita comparatam esse, ut judex valide ex officio, nulla quaerela expectata, procedere possit. Etsi enim ratio societatis, etiam post mortem mariti superestes, secundum *l. 4. C. de expilat. hered.* aliud suadere videatur, jus Carolinum tamen, quod in solo favore *laesi* se fundat, et sic nexum aliquem cum *laeso* supponit, ad viduam non quadrat, cujus nexus cum marito per ejus mortem solutus, cum ejus heredibus nullus est. Nisi de iis locis quaestio sit, ubi vidua *portionem statuariam* ex bonis mariti consequitur, quia tunc jure *coheredis legitimi* gaudet, et sic ad eam omnia jura applicanda, coheredibus ob nexum intimiorem inducta. III. solam actionem *civilem* a laeso intentatam non magis, quam IV. murmurationem, quaerelasque *extrajudiciales* sufficere; quamdiu de provocatione ad processum et poenam criminalem non constiterit. Neutra enim concludens argumentum est, quod laesus praejudicium ex inquisitione sibi per indirectum imminens dissimulaverit. Imo potius utraque evincit, laesum, si persecutionem poenae criminalis reo imponendae e re sua esse judicasset, non in ejusmodi querelis substiturum, sed judicem ad condignam poenam delatione ordinaria provocaturum fuisse. V. *accusationem* non praecise desiderari, sed delationem laesi sufficere, quarum quaelibet legi satisfacit, quae unice de existimatione laesi temere non exponenda sollicita est. Quo fit, ut verbum, *anklagen* civiliter, et pro substrata materia accipi debeat. VI. Inquisitionem in his speciebus tantum *restringi*, non prorsus, uti visum Wernhero *P.* VI. *Obs.* CDXC. prohiberi, nec, causa expilationis criminaliter rite a laeso delata, huic injungi posse, ut tantum civiliter exemplo *l. 3. C. fam. ercisc.* agat, uti quidem visum *Auctori Lib.* VI. *Tit.* IX. *R.* LXXXV. Quum alia sit ratio juris *Romani*, reatum in expilatione conjugis, et coheredum, ex natura *societatis* prorsus reprobantis, alia juris *Carolini*, reatum et poenam criminalem volente, et deferente laeso probantis, et ad hujus utilitatem unice respicientis. VII. quod de *proximiore* herede dictum ad *legitimos* solos restringi, nec ad testamentarios aeque applicari posse, tum quod favor *sanguinis*, unde nexus arctissimus, ad participationem mali poenalis necessarius dependet, testamentariis non aeque proprius sit, ut recte sentit Kres-

sius *ad cit. Art. C. v. C.* §. III. *in Not.* tum, quod praedicatum, *nachster Erbe* nihil cum testamentariis habeat commune, inter quos nullus gradus, proximitas nulla. Denique VIII. hanc restrictam inquisitionem non tantum ad casum quo proximus *vivente* domino contrectat, verum etiam, quo, eo *mortuo*, alteruter coheredum tale quid ausus fuerit, pertinere, quum ratio favoris, cui superstructus hic articulus, utrinque valeat, et textum ad utrumque pertinere, supra *Qu.* LXXXII. jam evictum sit. Quod de furto conjugum ac proximi heredis dixi, idem ad *adulterium* trahit Theod. *Coll. crim. C.* IV. *Aph.* VIII. *N.* V. cujus sententia et juri romano et aequitati convenientissima est. Certe *l.* 30. *C. ad L. Jul. de adult.* non alias personas admittit ad adulterii accusationem, quam quas verus *dolor* impellit, ceteros omnes prorsus arcet. Mathaei *Lib.* XLVIII. *Tit.* III. *C.* IV. *N.* II. Et optandum esset, ut ne hodie quidem promiscua esset haec accusandi, aut inquirendi libertas, si laesi injuriam mussitant, calamitatemque domesticam potius perferre, quam ludibris aliorum se exponere malunt. Nam quod a tranquillitate publica petitur argumentum rectius retorquetur, ut non sine specie quaeri possit, annon tranquillitas magis laedatur, si, invito innocente, et cujus ob existimationis jacturam interest silere potius quam conqueri, inquisitio contra nocentem decernitur. Sed aliter visum Episcopo *Bambergensi Art.* CXLV. *Wolte aber ein Ehemann oder ein Eheweib nicht peinlich klagen oder handeln, so mag der Richter den von Amts wegen straffen*, quam sanctionem totidem verbis repetit *Artic. ordin. Brandenb. de Anno* MDLXXXII. non aeque *Carolina, Art.* CXX. in qua istud additamentum omissum, quod, an animo sanctionem hanc reprobandi, an ideo, quod hoc *per se* juris sit, factum, non adeo liquet. Hodie saltim suo jure id judices se facere posse sibi persuadent, tum quod verba: *So ein Eheweib - - k'aget*, non sint *conditionata* sed declarativa ejus, quod plerumque fit, tum quod in defectu disertae exceptionis judex secundum *regulam* procedens securus sit. Appendicis loco observo: quondam in casu *homicidii* Episcopum Trajectensem caedem vindicare non potuisse, nisi ad *requisitionem* et instantiam *parentum* et *consanguineorum*, ut ex privilegio Caroli IV. Joanni IV. Episcopo Trajectensi MCCCXLIX. pro abroganda hac corruptela concesso, patet, cujus tenorem exhibet Wilhelm Heda *Histor. Ultraject.* *p.* 249.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CIV. N. 45.

Inimici non accusant. Inhabiles accusatores num valide deferant?

Dubitant plerique, utrum *inimici* provinciam accusatoris subire possint? Mejer eos simpliciter admittit *in C. I. A. Tit. ad l. Jul. Majest.* §. VII. Cum eodem facit Ant. Mathaei *Lib.* XLVIII. *Tit.* XIII. *C.* I. *N.* II. Hoc certum, diserte jus romanum eos, non eximisse. An non

autem ratio juris Romani ejus efficaciae, vel jus *Canonicum* aliud statuerit, alia quaestio est. Pro illa ad *testimonii* dicendi inhabilitatem provocant *l.* 3. *de test* sed huic opponit MATHAEI, quod fide hujus, non aeque accusatoris reus condemnetur, adeoque fortior ratio *testi*, infirmior *accusatori* obstet. Major forsan ratio ex *l.* 10. *de accus.* petitur, secundum quam, qui de calumnia suspecti, repelluntur, in quorum censu utique sunt inimici. Quidquid sit, de jure *Canonico* res clara, quod omnes, qui *furore* magis, quam *ratione* accusant repellit *c.* 3. X. *de accus.* et ex solae inimicitiae metu laicos ab accusatione clericorum excludat, *c.* 7. 13. *X. ead.* Illud quoque hic tractari solet, num hi aeque ac reliqui inhabiles, ab Auctore relati, a *delatione* sint arcendi? Negat hoc BRUNNEM. *de proc. inq. C.* IV. *N.* XXVI. quod admitti potest, modo prohibitio non ad aetatem, vel mentis imbecillitatem trahatur, quae non magis accusationi, quam inquisitioni obstat. Cur non admitteretur *mulier?* Quid obstaret *filio*, patrem deferenti? Et licet, quarum fides suspecta pessimam contra se habeant, *praesumtionem*, ea tamen tantum judicem admonet, ne *nimis* fidat dictis, aut ad praecipitantia n delabatur, sed omnia momenta, ad gravandum idonea sollicite conquirat, antequam contra personam rei quidquam, quod praejudicium parare aptum, suscipiat, non vero ad reprobandam, ac rejiciendam prorsus delationem efficax est. Fateor a qualitate *personae* deferentis multum defensionis mutuari posse, id tamen non impedit, quo minus quilibet vicem delatoris salva *exceptione* subeat, maxime quum delationi ex *connexione*, *et verisimilitudine* circumstantiarum fides primario concilietur, nec delator proprie ad *prosequendam* inquisitionem concurrat, sed ejus mera causa *occasionalis* sit, consequenter reus in jus vocatus, non adeo habeat, cur de inhabilitate, aut injuria sibi facta conqueratur.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CIV. N. 49.

Divinatio propter plures accusatores. Accusatio hodie omnibus libera. Accusatio impropria per fiscalem.

Per divinationem cujus in *l.* 16. *de accus.* mentio fit, intellexere veteres *causae cognitionem* de eligendo eo cujus ex pluribus magis interesset, quam merito servamus hodienum instituta eodem tempore accusatione a pluribus. Equidem si BEYERO *ad ff. Lib.* XLVIII. *Tit.* II. *Posit.* II. fidem habemus, haec quaestio eo minus dubia est. Is enim *privatorum* accusationem exaruisse, existimat, adeoque accusatores repellit, nisi fuerint tales, qui suam suorumque injuriam persequuntur, h. e. quorum specialiter interest. Verum nec lex, nec ratio *extraneis* obstat, quin potius secundum Carolinam accusatio *omnibus* libera. Quidquid vitii accusationi opponitur, delationi aeque proprium, quam, quum servare, non tollere, reipublicae proficuum sit, non est, cur de utilitate accusationis desperemus, maxime quia varia ejus onera magis

privatos a calumnia cohibere possunt, quam simplex *delatio*, quae multo liberior est, et facilius ad calumniandum provocat, ut recte ac solide ratiocinatur LEYSER *sp.* DLX. *M.* V. Plane *publicae* accusationis per fiscalem faciendae libertas, prout in *Bremensibus* et *Westphalicis* terris, nec non in *Holsatia* adhuc viget, dubio caret, quamvis ut verum fatear, ea multum a proprie dicta accusatione recedat; et processus ex ea instituendus *mixtus* sit, consequenter abscisse ad regulas *propriae* accusationis exigi nequeat. Plerumque enim a) causa a judice ex officio antea instructa *advocato fisci* demum concreditur, et testes ante omnia summarie examinantur, antequam hic libellum proferat. PUFFEND. *in proc. crim.* C II. §. VIII. Quid? quod b) libello etiam oblato, judicem nil impediat, media in accusatione intercedendi, et plura ex officio suscipiendi, alioquin c) officii necessitas fiscalem in multis excusat, ne ad modulum *privatorum* accusatorum aestimetur, nec jura circa expensas his propria, ad eum promiscue applicentur.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CIV. N. 54.

Provocatio ex l. diffamari in criminalibus exulat. Nemo ad accusandum cogitur.

Ex his apparet non usus provocationis ex lege *diffamari* in causis criminalibus, de qua *Auctor Dec.* CLXXXII. et in *proc. Tit.* XX. *art.* II. *N.* CXLVIII. agit. Neque is ratione caret, quum non omnium e re sit, curam in congerendis indiciis collocare, onus probationis, molestias contradictionum, et periculum sumtuum subire, sed multi injuriam concoquere, vel in pace vivere malint, quos ut inviti molestias ferant, cogere velle, duriusculum, et a ratione juris alienum. De eo dubitari posset, an non ob necem defuncti *violenter* commissum *heredi* onus hoc exemplo *SCti syllan.* imponi, isque ob omissam accusationem ad minimum hereditate privari possit? Sed id jam supra *Qu.* XXXIV. *obs.* IV. quantum satis occupavi.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CIV. N. 59.

Semel absolutus, vel jam punitus non denuo accusandus. Casus excepti.

Habet hoc commune inquisitio cum accusatione, quia utrinsque idem finis est, ut contra *absolutum* nec accusatio nova, nec inquisitio denuo locum habeat. Ob eamdem rationem *remotio* sententiae absolutoriae *ab actis* nullum effectum habet, nec jus reo quaesitum tollit, THOMAS *de jud. in caus. crim. sent. crim. ab act. remov.* Idem dicendum si reus post primam accusationem punitus denuo in jus vocatur, quum ob idem delictum duplicem poenam subire ratio juris non patiatur, si vel maxime poena a judice *deprehensionis* secundum sui, non ejus terri-

torii, in quo delictum commissum, leges, imposita. Sufficit enim vindictam sumtam fuisse, nisi a) reus subdole certas criminis qualitates poenam intendentes judici punienti subticuerit, Wernh. *P.* VII. *Observ.* III. et ita per fraudem promeritae poenae se subduxerit, vel b) judex ob defectum *jurisdictionis* criminalis, qui in consistoriis manifestus est, prorsus incompetens fuerit, qualem speciem habet B. Parens *T.* II. *C.* MCXX. Plane si quis cum accusatore privatim transegerit, vel is litem dereliquerit, causa ex integro agi potest, alia scilicet ad accusandum provolante, cui factum prioris non praejudicat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CV. N. 9.

Non placet Stryckio *U. M. Tit. de proc.* §. IV. quam ab inscriptione in crimen repetit Auctor, ratio nec etiam placere potest, quia connexio, cur cum hac procuratoris constitutio pugnaverit, merito desideratur. In actione injuriarum criminaliter instituta Zeno admisit *procuratorem* post inscriptionem in crimen ab accusatore factam. *l. f. C. de injur.* Quid ni idem probare potuisset in omnibus accusationibus, si non alia ratio procuratori obstitisset? Quaerit eam Stryckius et quidem recte in *dominio litis*, quod omnis procurator in civilibus causis subibat, in criminalibus vero vel ideo occupare non poterat, quia illae *publici juris* erant, ab arbitrio, et translatione dominii prorsus alienae. Sit ut sit, jus Canonicum hanc juris Romani sententiam recoxit, et accusationem absente accusatore susceptam reprobavit *c.* 5. *C.* II. *qu.* 8. *c.* 8. *C.* III. *qu.* 9. *c.* 5. *X. de procur.* revocata inscriptionis in crimen necessitate. B. Parens *Jur. Eccles. Tit. de accusat.* §. XXIV. Contra Germaniae judicia hac de re nihil noverunt, nec procuratores ab advocatis secreverunt, sed promiscue admiserunt, quin potius hunc morem servarunt, ut quod quisque proponere volebat, per procuratorem *durch einen Vorsprach* faceret. Patet id ex *Spec. Sax. Lib.* I. *Art.* LIX. et *suev. C.* LXXV. *n.* 3. aliisque legibus municipalibus, quas collegit Puffendorff *de jurisd. Germ. P.* I. *C.* IV. §. XV. Denique exemplis judicii criminalis per procuratores celebrati, apud. Kress. *ad Art.* XIV. *C. C. C.* §. II. *n.* I. Quid ergo mirum? quod Carolus V. accusationem a procuratore factam ne quidem in dubium vocaverit, sed tanquam justam ac legitimam supposuerit, *Art.* XIV. *C. C. C.* quo jure etiamnum utimur. Unicum casum excipiendum putat Stryck. *C.* I. §. V. si in casum succumbentiae, poena *corporalis* imminere praesumitur, ut ecce: si inferioris ordinis homo personam natalibus ac dignitate illustrem ex levioribus indiciis accusaverit, qui, ne futurum judicium ad vindicandam calumniam comparatum elusorium fiat, *carceri* mancipandus, adeoque praesens sit, necesse est. Non nego huic cautioni impedimentum quoddam inesse, sed absolutam pugnam carceris cum accusatione per procuratorem facta desidero. Quum nihil obstet, quo minus carcere inclusus, quod ipse com-

mode peragere nequit, per procuratorem persequatur. Nisi forsan Stryckio de accusatore *absente*, pro declinandis carceribus per procuratorem accusationem proponere gestiente, quaestio fuerit, quo casu ei subscribo, quia calumnia emergente nec in reum absentem, nec in procuratorem agentem, quidquam decerni cum effectu potest, et sic judicium omnino *elusorium* est futurum.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CV. N. 83.

Procurator quando pro reo compareat? Num Defensor?

Circa *procuratorem* rei major ratio dubitandi occurrit, ut fatetur Bluml. *ad art.* XII. *C. C. C.* quia plures actus processus criminalis ejus praesentiam absolute requirunt, nec per alium fieri possunt. Unde, si quando praesens quaestio proponitur, secundum indolem horum unice judicandum, utrum *procurator* rei admittendus, an repellendus sit, non vero is *absolute* a processu criminali arcendus, uti visum Bluml. *Art.* XII. *N.* VI. Aliud docet praxis quotidiana, quae facilius procuratoris constitutionem tolerat, non tamen eodem peraeque effectu. Videlicet 1) nil operatur in iis actibus, qui sine *praesentia* rei fieri nequeunt. Unde reus non obstante procuratore *carceres* intrare, ad *examen summarium et articulatum respondere*, ad *confrontationem* et sustinendam *poenam*, quae personam ejus afficit, se sistere tenetur. Contra 2) effectum habet, quoticscunque in scriptis quid proponi potest, quorsum *defensionem*, *contumaciae excusationem*, imo et *nullitatum* deductionem, quae non circa merita causae, sed formalia occupatur, refero. Conciol. *Resol. crim.* voce: *procurator Res.* II. Neque aliud de *salvi conductus* impetratione juris, quae hoc singulare habet, quod ob metum carceris, quem subiturus esset reus ipse comparens, vix aliter, quam per alium obtineri possit. 3) In iis causis, quarum poena est mere *pecuniaria*, vel quae in talem ex usu fori verti potest, plenam procuratoris quilibet subire potest, provinciam, quia in his cum contra *absentem*, tum in *contumaciam* procedi potest, et sic non adeo interest, reum praesentem comparere. Huc itaque non tantum causae, quibus mulcta cohaeret, trahendae, quas solas Auctor *N.* LXXVII. iis, quae corporis afflictivam poenam producunt, male opponit, verum etiam, quae *carcere et relegatione* luuntur Stryck. *U. M. Tit. de proc.* §. XI. Beyer. *ad I. tit. per quos agere poss. Pos.* XIII. *seq.* Denique 4) Circa *defensores* absque mandato agentes, tanto minus dubium occurrit, quo certius est, eorum officium ad ea, quae in scriptis peti et obtineri a judice solent, esse restrictum, nec ipsum processum criminalem adeo turbare.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CVI. N. 24.

Articulatus libellus accusatorius.

Parum consulitur articulato libello criminali per *vetustam*, ad quam Auctor provocat consuetudinem. Eamdem enim aeque servarunt causae civiles; in quibus tamen leges imperii talem libellum reprobarunt. Rectius ratio diversitatis in eo quaerenda, quod articuli causam civilem magis *implicent*, et haec commode sine iis definiri possit, contra in criminali ob facti *gravitatem*, et *plenissimam* ejus cognitionem quae in his absolute est necessaria, vix abesse possint, adeo, ut quod articuli inquisitionales in processu *inquisitorio* praestant, idem praestet libellus articulatus in *accusatorio*.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CVI. N. 52.

Cautio de lite prosequenda semper necessaria. Abolitio accusationis, an a calumniae persecutione excuset? Cautio pro injuria et expensis. Sensus Art. XIII. *Incarcerationis accusatorum usus. Delator non cavet.*

Tres *cautionis* species hic occurrunt, super quibus repromittere accusator, aut ejus procurator tenetur 1) de *expensis* 2) de *satisfactione*, si accusationem *injuriosam* esse constiterit, 3) de *lite prosequenda*. Posterior *semper* praestanda *Art.* XV. quia partim utilitas publica non permittit, ut accusator in praejudicium disciplinae publicae temere *tergiversetur*, accusationemque citra *abolitionem* derelinquat, partim quia ipsius rei de innocentia persuasi, pro abolendo sinistro hominum judicio interest, ut causa plene finiatur, et ipse *rei judicatae* auctoritate, obtenta absolutione, fruatur. Quod in caussis criminalibus *singulare*, et ob allatas rationes accusatorem *semper* ad hanc repromissionem obligat, quum e contra in civilibus ejus praestatio ad eum casum tantum restringatur, quo actor in *primo* termino contumax est, Ludov. *ad cit. Art.* XV. *C. C. C.* Ex eadem fere philosophia *majores* accusatori obligationem imposuerunt, caussam coeptam persequendi, magis tamen *judicii*, quam *rei* caussa. Id enim testantur legum *Transisalinacarum Art.* XV. *Die den andern Wopen aver repe vor onsen Gerichte und volgede der Klager nicht, die vorlor* IV. *Schillinge tegen das Gericht.* quem de *tergiversatore* interpretatur Mathaei *T.* III. *p.* 787. Nec multo aliter Saxo, qui *L.* II. *Art.* IX. speciatim hujus cautionis ab utroque litigante praestandae meminit: *Der Richter soll auch Burgen haben von den Klager und von den auf welchen die Klage gehet, dass sie des rechten vollkommen wollen.* Clarius cautionem utrisque determinat Suevus *C.* III. et ab *actore* pariter ac *reo* fidejussores exigit *der ein dass er die Klage vollfuhre der andere dass er der Klage antworte.*

Quum enim sine accusatore nullum judicium, nulla poena, judicii quam maxime intererat, ut tum circa instructionem causae ejusque formalia nil deesset, tum ut de caussa plene constaret. Postquam vero hodie tergiversatio accusatoris judicem *ex officio* inquirentem non impedit, nihil est cur judex, cui per desistentiam non praejudicatur, ea de re sollicitus sit, quin potius omnis utilitas ex ista cautione in *reum* redundat. Quid ergo, si hodie destiterit accusator? sine dubio tenebitur reo, tametsi *abolitionem* impetraverit. Haec enim persequutionis *publicae* necessitatem tollit, tertio vero, et sic reo quoad jura ipsi competentia non praejudicat, dummodo de *temeritate* accusatoris constiterit. Sin in progressu operam suam se perditurum videt, et sic verisimilem desistendi caussam habet, quod intuitu *advocatorum fisci* ex officio accusantium usum habere potest, impune tergiversatur, quia magis laudandus, quam reprehendendus, quod *bonam* fidem hoc modo cum *executione* officii conjunxerit, Leys. *Sp.* DCXXV. *Med.* IX. Reliquae binae cautiones tunc demum usum habent, si suspicio *doli*, et accusatio parum instructa adest, quod contingit, si indicia *leviora*, et constans reo contradictio concurrit *Art.* XIII. Ubi merito reo succurrendum, cui, etsi is per se regressum adversus accusatorem habeat, hoc modo tanto magis et firmius consulitur, et temeritas eo facilius reprimitur. Quid ergo, si verisimillima indicia adfuerint, vel ipse reus *factum*, opposita exceptione *peremtoria*, fassus fuerit? priori casu res clara, et cautio superflua est, qua accusator *temere* non gravandus: posteriori idem juris videtur, quum accusator, per verificationem facti, officio suo functus sit, seque ab omni calumnia liberaverit, quod ad declinandam cautionem sufficit, per *Art.* XV. *C. C. C.* Sed negotium facessit *Art.* XIII. ubi etiam hoc casu accusator pro *expensis*, et *calumnia* satisdare jubetur. Forsan non improbabiliter dici potest, hunc posteriorem articulum de eo casu loqui, quo exceptio peremtoria ex testium effatis, aliisque circumstantiis admodum *probabilis*, eique ab accusatore *temere* contradictum fuerit. Nihil enim interest *ab initio*, an *ex post facto* quis pruritum litigandi, reumque vexandi monstret, qui de se ipso queri debet. Omnes tamen hae cautiones hoc commune habent 1) quod ad *certam summam* in foro praestentur, etsi objectum sit incertum, 2) judicis arbitrio tam quoad *quantitatem*, quam quoad *qualitatem* subjectae sint, et pro re nata, si fidejussor sit fide dignus; et verisimilis ratio ipsi prosit, *juriatoria* locum habeat. Nullibi enim haec species exclusa, nec cum ratione juris absolute pugnat, sed admitti potest, si accusator *bene* audit, nec *indiciis* prorsus destituitur. Id enim docent verba: *nach Gelegenheit der Person und Sachen.* Zieritz et Bullaeus *ad Art.* XIV. *C. C. C.* Quae perperam de sola qualitate custodiae accipit. Blumlach *ad Art.* XIII *N.* V. cum Froelichio a *C. C. C. P.* I. *p.* 356. et rejecta prorsus juratoria cautione, accusatorem ad custodiam abscisse damnandum existimat, 3) *immobilia* ab earum praestatione liberent, 4) contumax accusator ad *carce-*

res ire tandem jubeatur, donec caveat *Art.* XII. Quam incarcerationem in foro vix frequentari cum Beyero *Art.* XII. *Posit.* IV. asserere non ausim. Nihil eidem inest rectae et civili rationi contrarium, quin potius cum utraque tanto magis conspirat, quanto minus caeterae cautiones saepe sufficiunt reprimendae calumniae, et procurandae accusato plenissimae securitatis. Quidni itaque hodie decerneretur? Fateor processum accusatorium a privatis susceptum esse *rarissimum*, eaque de causa exempla esse rariora. Mihi vero sufficit, quod ei lege non interdicatur, adeoque, eo constituto, nil prohibeat, pro re nata ad carceres recurrendi. Nam *calumniantium* idem prorsus hodie est odium, quale fuit olim, et ratio, ne *futurum judicium* in casu calumniae *elusorium* fiat, perpetuae veritatis est, ipse vero accusator sibi imputare debet, quod non caverit, quo demum facto vel is vel procurator dimittitur. In *inquisitorio* hic modus coercendi cessat, quia denuntians, oblata denuntiatione, officio suo functus est, nec ad *prosecutionem* caussae tenetur. Interim emergente in processu *calumnia*, ut suspiciones imputati criminis, probatione indiciorum calumniae graviorum, depellat, in jus vocari, et recte carceri includi potest, qualem speciem habet Manz. *in decis. palat. qu.* LXIII.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CVI. N. 58.

Accusatoris nil probantis obligatio. Delator vel advocatus fisci calumniosus. Juramentum delatoris. Criminalis accusatio contra calumniatorem. Poena talionis.

Obligatio ad *expensas* restituendas, et ad satisfactionem propter injuriam illatam, si de innocentia rei et temeritate, vel calumnia accusatoris postea constiterit, est ex *lege*, non ex sola *repromissione*. Haec ad deterrendum et cohibendum accusatorem exigitur, omissa tamen eum non liberat, sed in eamdem sortem conjicit. Sunt enim *temeritas*, *injuria*, *calumnia*, facta per se illicita, priorem leges civiliter ad impensas ferendas, posteriorem civiliter et criminaliter coercent. Utriusque generis remedia diligenter collegit Schilter *Ex.* X. §. LXXIII. Et circa restitutionem exspensarum quidem non refert, utrum accusatorem ex cautione, an ex lege obligatum supposueris, nam *Art.* LXI. in quo depulsa licet calumnia, accusator nonnunquam *ratam* expensarum subit, ad *utramque* speciem referendus, et sic repromissio accusatoris *indefinita*, secundum hunc articulum cum aliquo *temperamento* accipienda. Par ratio est *tergiversatorum*, qui ne hodie quidem, nisi cessante dolo, *impune* desistere possunt ab accusatione, sed, si calumnia emerserit, easdem ferunt poenas, quas *continuata* accusatio-

ne subituri fuissent. Dolus ergo hos reos facit, non sola *derelictio*, quae, processu inquisitorio hodie introducto, fraudem non facit reipublicae, et sic facilius toleratur; secus ac olim, ubi dimissa accusatione reus facinus impune ferebat. Quam ob rem ne quidem abolitionem accusationis accusatori in hoc prodesse putarem, cujus effectum non alium esse existimo, quam dispensationem a *molestiis* accusationi connexis liberationem a calumnia nullatenus. Ex hac enim reo tam manifeste jus quaesitum est, ad quaerendam satisfactionem *plenariam*, eamque *publicam*, ut nesciam, an superior salva justitia, illud jus per *abolitionem* intervertere *queat*, vel intervertisse *praesumatur*. Neque obstat quod poena et satisfactio publica a *superioris* arbitrio suo modo dependeat. Nam *voluntatis* quaestio est, quem modum beneficii sui esse voluerit superior, praeterea ista assertio tantum locum habere in poenis quae sunt *mere* publicae, circa quas plus juris legislatori competit, ut pleraeque capitales, non aeque in illis, quae *mixtam* causam habent, et ita comparatae, ut reapse *laeso simul* satisfaciant, quales sunt, ad quas *injuriae* causa, datur persecutio criminalis. Quum ergo lex ad vindicandam calumniam tum per restitutionem expensarum, tum per aliam quamvis *satisfactionem* succurrat, quadruplex inde fluit conclusio. *Prima* est: accusatoris obligationem extingui productis *verisimilibus* delicti indiciis. Non quivis, qui non probat, sed qui *dolo*, et per *calumniam* crimen objecit, punitur, et in poenam olim incidebat talionis *l. f. C. de accus. l.* 1. §. *sed. non ad SC. Trebel. l.* 3. *C. de calum.* Neque aliter Carolina, quae etsi nominatim *accusatoris*, indiciis instructi, obligationem ad expensas *in Art.* CCI. tantum temperet, non tollat, reapse tamen eo casu, quem *cit. Art.* supponit, aliam *quamcumque* satisfactionem reprobasse videtur, ceu ex *Art.* CLXVI. apparet. Nam ad expensas etiam ob *culpam*, ad poenam calumniae nonnisi probato *dolo* reus tenetur. *Altera* est, nullam in hoc articulo inter accusatorem et delatorem differentiam constitui, sed idem ad *delatorem* malitiosum pertinere, quum nulla ratio sit, cur calumnia sub velamine denuntiationis tegi queat in praejudicium laesi et reipublicae. Vulgaris est regula, obligationem ad expensas criminales delatorem non tangere, Ludov. *introd. in proc. crimin. C.* I. §. XX. *C.* XII. §. XX. Berger. *supplem. ad jurispr. crim. P.* II. *Obs.* CCXCVIII. Ea vero merito cancellis suis constringenda, et ad eum casum, quo *probabilem* denunciandi causam delator habet, restringenda. Nam si *suo periculo* judicem ad inquirendum provocavit, vel de odio, inimicitia, aliave ad calumniam vergente causa convictus fuerit, *cum expensarum* onus subit, tum legi, *calumnias* severius vindicanti, satisfacere tenetur. Carpzov. *dec.* CXXXVIII. Leys. *sp.* LVI. *Med.* V. si vel maxime delationem *juramento* firmavit, Kress. *ad art.* XII. quod *praesumtionem* doli quidem tollit, non vero ipsum, de quo post apparet *dolum*, multo minus *temeritatem*, seu culpam, ob quam, ut dictum, condemnatio in expensas sequi potest. Hoc amplius, ne accusator *necessarius* h. e. advocatus fisci quidem,

huic obligationi subducere se potest, quatenus, *sponte*, non excitatus a superiore, accusavit, de calumnia autem convictus est, ut eleganter contra vulgare praejudicium observant LEYS. *c. l. Med.* VI. cum FROEL. *P.* I. *p.* 360. Nam quem superior ad accusandum specialiter *provocat*, is, quidquid agit, jussu provocantis agit, ipse vero caussam dicere non tenetur. *Tertia* est, calumuia probata cum ratione fori, tum ratione mediorum in arbitrio rei absoluti esse, utrum in foro *calumniatoris* ordinario, an *accusationis* huc usque susceptae, seu continentiae caussae, *civiliter* an *criminaliter* agere malit, *art.* XII. *C. C. C.* Et de civili quidem omnes conveniunt. Num autem *criminalis* persecutio reo integra, majoribus dubiis involutum. Plerique cortici verborum inhaerent, caussati Imperatorem remediorum criminalium haud ignarum tum in hoc tum in *art.* CCI. verbis: *endlic burgerlich rechtens zu pflegen* in sola civili substitisse. Repellendum ergo esse reum ad poenam criminalem agentem, sola *judici* facultate, calumniatorem *ex officio* puniendi, relicta. Ita omnes fere Carolinae commentatores, ex professo vero BLUML. *in cit. art.* XII. et FROEL. *cit.* loco. Iisdem principiis tinctus judex quidam pronunciaverat in casu notabili JCtis Halensibus Anno MDCCXXV. oblato, quum minister ecclesiae de adulterio calumniose ab homine viliori accusatus, sed plenissime absolutus esset, contra hunc ad *fustigationem* agens, repulsam tulisset, hac formula: *Dass die peinliche Anklage nicht statt finde, wurde aber Klager burgerlich klagen, so ergehet alsdenn ferner was recht ist.* Provocabat accusator a decreto, et impetrato beneficio transmissionis, reformatoriam sententiam ab ordine Halensi impetrabat. Militabat pro eo §. 10 *J. de injur.* ex quo de omni injuria indefinite, WERNH. *P.* VI. *obs.* CDLXXXVI. multo magis de tam *scandalosa*, et officium sacrum maculante injuria *criminaliter* agere permittitur. Tum excipiebat, miseram sibi parari medicinam per actionem civilem: sua interesse, ut quo gravius scandalum officio, cui praeerat sacro, illatum, cum pro evellendo mentibus auditorum injecto praejudicio, tum pro compensatione intollerabilis injuriae, publica et proportionata satisfactio decerneretur, id autem actione civili non fieri: tendere hanc ad praestationem pecuniariam, ea autem se nec indigere, multo minus per eam sibi satisfieri. Quae et similia in recta ratione fundata, cum principiis juris positivi autem non pugnare, merito visa sunt Jureconsultis Halensibus, ut precibus locum darent. Quod ex verbis Carolinae his objiciebatur argumentum, ad modum imbecille visum. Neque enim textus processum civilem per modum *legis*, unice praecipit, sed *permittit* ac indulget, criminalem vero haud excludit. Imo quod maximum, ad eum casum pertinet, quo reus in *cautione* ab accusatore praestita se fundat, ubi per rerum naturam ad aliam praestationem quam quae *satisdatione* continetur, agi nequit. Haec dubia cessant, quoties seposita cautione, immediate in obligatione *legali*, calumniam acriter vindicante, fundamentum agendi collocatur, ubi miseri preces reijcere velle, idem foret, ac a beneficiis legum,

eum excludere, quod salva justitia fieri nequit. Beneficium, quo reus vulgo ad officium judicis, poenamque ab hoc imponendam, remittitur, est admodum flebile, eique plerumque parum proficuum, quum segniores esse judices in vindicando ex officio reatu esse, nec semper officio suo, eo, quo decet, modo, fungi soleant. Et cur demum per *ambages* laesus demulcendus, cui aeque et recta via instituta *accusatione* satisfieri potest? *Ultima* conclusio ipsam poenam calumniantium concernit, quae ex qualitate facti objecti et personarum *laedentium* ac *laesarum* variat, et sic suo modo *corporis afflictiva* esse potest, ut ex specie antecedenti apparet. Quid vero de poena *talionis* dicemus? Probat eam jus *divinum Deut.* XIX. *Romanum l. 7. C. ad l. Jul. de vi publ.* Gemina habet jus *Germanicum*. Nam *Lib.* V. *C.* CCL. apud Baluz. *T.* I. *p.* 899. et *Lib.* VI. *Cap.* CDXXXV. diserte dicitur: *si quis contra caput alterius falsa suggesserit, vel pro quacunque invidia aut injusta accusatione aliquem commoverit, ipse poenam vel damnum quod alteri intulit, excipiat.* Idem convenit juri *Transisulanico*, quod exhibet Mathaei *Analect. T.* III. *p.* 788. *Wil ein lieff will winnen wor den gerichte mit Klage die mag en lieff weder verlesen vor de he der Klage vellig.* Nec multo aliter Carolus V. in simili judicat *art.* LXVIII. et CVII. *C. C. C.* Taceo exempla, quae tum ex Mornacio, tum aliunde pro usu *similitudinis* supplicii conquirit Leys. *c. l. Med.* VIII. Sit, ut sit, in foris nostris ejusmodi vindicta est inaudita, nec agnita a Jureconsultis probatae fidei, Brunnem. *ad l. f. C. de accus.* Blumlachero *ad cit. art. C. C. C.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CVI. N. 75.

Contumacia rei non respondentis.

Ita vero comminatio sub poena *confessi* non respectum habet ad *poenam* criminis commissi, sed referenda ad *indicia*, eorumque effectum, ut reus ex confessatis indiciis, ceu loquitur, Barthius *de commin. sub poen. confess. et convict. C.* II. §. 11. ad torturam condemnari possit. Nonnunquam comminatio sub hac formula: *Dass inquisit bey Vermeidung scharffer Verordnung auf die Articul zu antworten schuldig*, statim concipitur, judice Brunnem. *de proc. inq. Membr.* I. *N.* LXXIX. Suppono tamen utrobique *indicia* legitima contra reum militare, eumque sola per *contumaciam* processus elusionem intendere. Alioquin reus ejusmodi injuncto temere non gravandus, sed ad defensionem pro *avertenda* admittendus, quae vim exceptionis *declinatoriae* habet, super, qua ante litem contestatam cognoscendum. Unde barbara est philosophia Paridis de puteo *de syndicatu p.* 1052. *N.* XVI. existimantis, *accusatum nolentem respondere accusationi, posse torqueri, ut respondeat etiam sine indiciis, quia non torquetur ad punitionem, sed ut respondeat.*

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CVI. N. 94.

Probatio criminis non praeclusa. Non-usus fatalium.

Equidem *fatalia* in accusatione aeque, ac in processu civili observanda, facilius tamen in illis effectus eorum ordinarius suspenditur, quam in his. Circa *reprobationem* id favore innocentiae ipse hoc admittit Auctor, cur itaque non idem favore *utilitatis publicae*, circa probationem delicti, ne hoc impunitum maneat, admitteretur? ordo procedendi, quantaecumque utilitatis fuerit, eum affectum habere nequit, ut vincat *veritatem delicti*, quoties ejus procurandae magna spes adest. Unde in processu accusatoris contra reum non concludi, nec post attestationes publicatas *novum* testium *examen* reprobari, tradit Froel. *P.* I. *Lib.* IV. *Tit.* XXIII. *N.* XXXVIII. Breviter, regulae processus intuitu *verorum nocentium* sunt merum *decorum*, nec maleferiatis in beneficium et solatium contra veritatem facti et poenam promeritam cedunt. Ipse Carolus post sustentos *torturae* cruciatus novum examen contrarium *Art.* CLXXXVI. admittit, id non admissurus, si formalia et apices juris ad unguem hic servari deberent, nec ullum judiciis arbitrium ex *justa caussa* intercedere posset. Ad hanc solam enim istam sententiam restrictam volo, quorsum refero, si probatio sine culpa accusatoris hactenus intercidit, vel testes vel documenta noviter reperiuntur. Alioquin praestat *regulae* inhaerere, quam temere, praetextu merae exceptionis, ordinem processus convellere.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CVII. N. 33.

Inquisitio solemnis, scandalosis et gravioribus delictis propria. Brunnemmanni consilium. Quaenam sint graviora? In injuriis et usuraria pravitate an locum habeat inquisitio?

Utilitas publica quidem inquisitiones commendat, ne delicta maneant impunita, nulla vero ratio exigit, ut id cum *injuria* reorum graviore fiat, quam qualem vindicta publica sua natura secum fert. Est utique inquisitio specialis res *existimationi* inimicissima et intuitu reorum *odiosissima*, ad quam non temere, ubi leniori via idem finis obtineri potest, convolandum. Praejudicium, quod ex ipsa leviorum delictorum poena dependet, longe minus est, quam illud, quod inquisitioni *speciali* cohaeret, medium cognoscendi vero salva aequitate non potest durius esse ipsa, propter quam suscipitur, poena. Unde nil rectae rationi, ad quam totus processus criminalis exigendus, convenientius est, quam, ut judex modum teneat, et commissis levioribus delictis acquiescat in *summaria* inquisitione, quae ei plenissime satisfacit et ob qualitatem futurae poenae facilius admittit, ut in *contu-*

maciam, vel ex *indiciis* sententia feratur. Contra in gravioribus ea haud sufficit, nec caussam ad poenam satis instruit, sed *solemni* investigatione opus, quae, tametsi admodum injuriosa sit, omnem *injustitiae* notam tamen effugit, quoties reus scandalosi facti suspectum se reddit. Praeterea *sumtus*, quos requirit inquisitio specialis, magnam circumspectionem in ea applicanda commendant, ne magis in marsupium quam delictum inquiratur, et levior naevus intolerabili malo compensetur, quae inspectio cessat in gravioribus. Haec momenta si rite ponderasset Brunnem. *Anweisung zu Anstellung des* Inquis. Proc. CII. §. VI. Non tam facilis fuisset in *commendanda* inquisitione ob *damna in contractibus data*. Ea enim id, quod paulo ante adstruxi, non tantum cum levioribus delictis habent commune, verum etiam ex rationibus *propriis* hunc modum procedendi cohorrent, inprimis inter *opifices*, quorum famam potius conservare, quam per fatalem inquisitionem exponere praestat. Et quae metu inquisitionis provocari creditur, solertior attentio circa res alienas, in tanta hominum oscitantia, vix eventum speratum est abitura. Unde regulae prudentiae, quae *consilia* regunt, huic suggestioni vix ac ne vix quidem respondent. Sed quaeritur quaenam sint *majora*, ad quae pertingit *solemnis* inquisitio, quae contra *minora* solum summarium examen fundantia? Non diffiteor definitionem ejus rei pleniorem esse *difficillimam*, si non impossibilem, ob multiplices gradus poenarum, et infinitam *circumstantiarum* mixturam qua quaedam facta illicita, inter *summi* et *infimi* gradus crimina fluctuant. Circa graviora vel leviora enim non ambigendum, quin inquisitionem specialem admittant, vel statim infirment, adeoque omnis concertatio ad *mediae* sortis delicta restringenda. Determinatio Auctoris *N.* XXX. quod, quae ad jurisdictionem *superiorem* pertineant, in classe *graviorum*, locata, multis modis falsa est, et argumentum ejus vitio consequentiae laborat. Caussae *injuriarum*, quae eum moverunt, ut ex *N.* XXXII. apparet, ratione *loci, temporis personarumque* multis modis variant, adeoque inde tanquam a *particulari* exemplo universalem regulam construere non licet, ut mox docebo. Praeterea judex *superior*, etsi solemnes inquisitiones formare possit, non ideo tamen tenetur de *omnibus* ad ipsius cognitionem pertinentibus eam decernere. Nam non omnia ad superiorem jurisdictionem pertinentia tali inquisitione digna, veluti vulnera *non lethifera*, insubita rixa illata, furta *minora*, ceu recte observat Leys. *Sp.* DLX. *Med.* XIII. Mihi res unice *arbitrio judicis* relinquenda videtur, ut perpendat, utrum vindicta imminens magis privata, an publica, levissimum; an notabile praejudicium conjunctum habeat? Priori casu rejicio, posteriori admitto *specialem* inquisitionem. Frustra meo judicio agunt, qui carceris et pecuniariam poenam inquisitioni haud respondere generaliter asserunt. Admitto hoc, si quantitas pecuniae levior, aut tempus incarcerationis breve sit, improbo autem, si *multa gravior* vel *carceris* ad *longum* tempus extensio imminet. Utraque enim est notabilis, et ad

publicam satisfactionem comparata. Similis inspectio est circa injurias. Verbalium compensatio magis ad *laesi* satisfactionem tendit, eaque de causa non sine ratione propter eas inquisitio specialis damnatur a Oldekopio *contra* Carpzovium III. *Qu.* VII. nisi forsan *magistratui* rite procedenti illatae, ipsique officio probrosae fuerint, adeoque hoc modo earum satisfactio in *salutem publicam* influat. Nam quoties is ipse officio limites pessimo exemplo transgressus est, injuriaeque caussam dedit, scandalo multum decedit, reusque, qui ipse *excessisse* videtur, leviorem facti poenam daturus est, quod de plano merito cognoscendum, teste Leys. *c. l. M.* XX. Atque in eo injuriae, magistratui et parentibus illatae differunt, quod istarum vindicta ob *majestatem imperii* magis *publica*, harum ob venerationem domesticam potius *privata* sit, consequenter illae ordinarie pleniorem, et extantiorem indagationem requirant, haec *subitanea* cognitione absolvantur. Sed nec *realium* una eademque est definitio, quia et harum gradus modo extantiorem, modo iterum minorem poenam merentur. De *usuraria pravitate* itidem quaerunt. In Saxonia ob Edictum Regium de Anno MDCXXV. de justitia inquisitionis non ambigendum, extra eam vero hanc damnat Leyser. *Med.* XXIII. Quod rationem habet, si, ceu ut plurimum fit, praestatione *pecuniaria*, et mera *annullatione* pacti usurarii punitur, alioquin, si tam gravis imminet coercitio, ut ad longiorem relegationem extendi potest, nil video, quod diligentiori inquisitioni obstare queat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CVII. N. 44.

Conjunctio accusationis cum inquisitione.

Circa *concursum* inquisitionis ad accusationem coeptam, mihi sic statuendum videtur. Aut accusator prorsus desistit ob inopiam probationum, aut periclitatur in caussa, quae judici justa videtur, vel paulo segnius officium tractanti succurrit judex, non rogatus, mediis ad eruendum crimen necessariis. Priori casu processus inquisitorius proprie tantum *succedit*, quod, quin fieri possit, dubio caret, tum ne accusator ob solum probationis defectum sub justo Clypeo succumbat, tum ut *collusio* evitetur, et publico satisfiat. Imo judex eo casu nonnunquam procedere tenetur *Art.* CCXIV. *C. C. C.* quod, eum valide inquirere posse, satis arguit. Et licet Auctor aliter sentire videatur *N.* XXXVIII. observat tamen Brunnem. *de proc. inq. C.* I. *N.* XVII. eum reapse non dissentire, dum judicem processum ordinarium continuare posse, statuit *N.* LII. Posteriori nil video, cur judex intercedere, et ex officio veritati succurrere, vel vice versa judici inquirenti, accusator assistere, et post supervenire nequeat, ut recte judicat Froelich. *P.* I. *Lib.* IV. *Tit.* XXIII. *N.* XXXVIII. Certe ipse Auctor, termino probatorio effluxo, judicem ex *officio novam* probationem suscipere posse. *Qu. precedenti N.*

XC. et simul ac tortura decreta, inquisitorium processum incipere, hoc loco *N.* LVIII. statuit, neutro tamen casu accusatio, quae usque ad sententiam definitivam porrigitur, finitur. Praeterea *pugna* inter utrumque processum, quam nonnulli fingunt, sola praxi quotidiana eliditur, secundum quam accusationes *fiscales*, quibus semper *mixta* est inquisitio, non ex omni parte ad regulas processus accusatorii exigi queunt. Puffendorff *de proc. crim. C.* II. *in f.* B. Parens *de expensis crim. C.* III. §. XII. Tandem litem protrahere ejusmodi concursum, tantum abest, ut defendi queat, ut potius uterque processus se invicem juvet, et conjunctim tanto citius finem, utrique communem, promoveat, quod, cur incivile, aut contradictorium dici queat, ego non video. Plane quod a *diverso* tali processu mutuatur argumentum admodum leve, et sola *interventione*, quae in caussis civilibus frequentissima est, diversos processus non facit, nec, ut alter assistens alterum impediat, officit, refelli posse, dudum docuit Oldek. *dec.* I. *Qu.* II.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CVII. N. 72.

Quatenus sine corpore delicti ad poenam procedi possit? Auctoris sententia temperata.

Parum sui memor haec scribit Auctor, qui supra *Qu.* LXXX. *N.* LVIII. in casu, quo *reum, cui non ultimum supplicium, sed fustigatio aliave mitior poena est infligenda, licet de corpore delicti non constet, ex sola tamen confessione taliter puniri*, asseruerat. Non haec cohaerere, dudum observavit Leyser *Spec.* DLXI. *in fin.* ideo, quod usus fori constans relegationem nequidem *temporariam* admittat, nisi inquisitio *specialis* praecesserit, cujus rei consequens esse videtur, ut utique inquisitio locum habeat, etsi *corpus delicti* adhuc dubium sit. Fateor auctorem improvide cit. loc. scripsisse, dum corpori delicti *nudam confessionem* contradistinguit. Si quid tamen conjicio, lis sola qualitate *certitudinis* corporis delicti temperari potest. Ipsi *gradus* certitudinis sunt infiniti, nec ubique idem requiruntur, sed pro diverso *fine*, qui aliquando valde praejudicialis est, aliquando non variant. Unde, etsi verum sit, nec ad torturam, nec ad poenam capitalem procedi posse, nisi *summo* veri similitudinis gradu probato, admitti tamen poena levior, et ipsa inquisitio specialis potest, si non *plene* quidem, aut eodem sed *minori*, et aliquali gradu certitudo fuerit evicta. Sic stare potest sententia Auctoris, quam ipse hinc inde, imprimis Quaest. seq. *N.* XLIII. tam caute circumscripsit, ut unum locum ex alio explicare praestet, quam eum tantae oscitantiae, et *contradictionis* manifestae reum facere. Quando enim in casu imminentis *relegationis* ob crimen, de quo nondum adeo constat, inquisitio decernitur, hoc non aliter fit, quam si *aliqualis certitudo* corporis delicti adest, nunquam vero, si illa prorsus deficit. Verum itaque est, inquisitionem locum habere, si de corpore delicti constat, et verum

quoque, idem obtinere, si non constiterit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 3.

Conquisitio circumstantiarum ad inquisitionem generalem pertinet.

Ita ut auctor scribit vulgo in *scholis* docetur. Nesci autem cur *circumstantiarum* conquisitionem, et indagationem, omittant, quum tamen illae delictum mirum in modum varient, et aggravent, vel minuant, hoc momentum vero in quaestione *an*, et *qua ratione* inquisitio specialis admittenda, insignum usum habeat. Fac, de delicto, et delinquente probabiliter constare, nonne suscepta circumstantiarum exploratione, evenire potest, ut talis delicti *indoles* emergat, cui magis *summaria*, quam *solemnis* inquisitio respondet? Fac e contra per hoc examen momenta factum valde aggravantia sese exercere, quo casu illud hanc utilitatem habet, ut index tanto fidentius, circa *specialem* inquisitionem decernere, et facilius defensiones pro avertenda, quibus saepe mora injicitur, rejicere possit. Ne dicam ipsas circumstantias materiam quaestiones formandi suggerere, sine illis vero vix judicem, eo quo decet, modo, articulos concipere posse. Ipsae quaestiones *multiplices* et *circumstantiales* esse debent, quod per rerum naturam fieri nequit, nisi suggesta materia et occasione. Neque id forensum causarum moderatores ignorare possunt, qui quotidie pendente inquisitione generali, in id incumbunt, ut, quoties circa testium examen occupantur, eos specialissime de omnibus *possibilibus* circumstantiis examinent, sibique laborem in concipiendis articulis hoc ipso faciliorem reddant. Hinc, inquam ipso facto ostendunt, indagationem delicti absque circumstantiarum conquisitione sibi non sufficere. Et quid de Carolo V. dicam? qui vulneris indagationem, ejusque in actis consignationem *specialissimam* esse jubet *Art.* CXLIX. *C. C. C.* Ea indagatio autem ad tempus *generalis* inquisitionis sine dubio referenda. Peculiarem usum hujus observationis habes in calce hujus quaestionis.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 4.

Corpus delicti facto et dolo culpave constet. Verum vel praesumtivum. AEquivocatio certitudinis. Lites interpretum. Utrum ad inquisitionem, torturam, vel poenam extraordinariam corpus delicti requiratur.

Doctrina de *corpore delicti* ejusque certitudine, forum criminale hucusque, mirum in modum turbavit, et hodienum turbat, ut vix inquisitio criminis commissi suscipiatur, in qua non infinitae lites de corpore delicti ejusque necessitate emergunt, ob diversas, quae a Jctis subinde circumferetur de indole, et usu ejus, sententias. Causae horum fluctuum quaerenda in sola *aequi-*

vocatione hujus appellationis, et inde pendente lubrica tractatione quaestionum huc pertinentium, unde factum, ut plures saepe invicem digladientur, reapse autem conveniant, et tota lis in *logomachiam* abeat. Ipse Auctor noster occasione eorum, quae hic disseruit, plures adversarios sibi conciliavit, quorum vellicationes, si ad lydium lapidem examinantur, hujus generis sunt, et rarissime quid in recessu habent. De eo, ut constet, *veram* ac genuinam notionem a *falsa* et *abusiva* opus erit separare, quo facto liquidum fiet, quam facile cum juris criminalis interpretibus circa hunc articulum transigi possit. Videlicet trahitur vulgo haec appellatio ad ipsam rem, *in quam peccatum*, qualis pro eruendo homicidio est ipsum *cadaver*, in furto vel rapina *res* ipsa *ablata*, in incendio *domus exusta* et reliquiae ex conflagratione superstites. Eoque refero sententiam Auctoris supra expositam, quod in infanticidio de corpore delicti constet, si infans mortus oculis judicis subjicitur, licet nec de vulnere nec de cicatrice constet, cujus falsitatem suo loco jam evici, quam unice peperit perversus, de corpore delicti, in hoc crimine conceptus, et correptio circumstantiae a cadavere desumtae, sine qua quidem nullum infanticidium existit, ex ea sola autem, si nihil aliud accedat, parum accurate corpus delicti colligitur, et sic huic perperam applicatur, quod veritati delicti tribui debuisset. Ejusdem generis est sententia eorum, qui *personam* quae nocuit, aut *effectum* delicti, ut in crimine adulterii vel incestus, partum illegitimum hac appellatione includunt, et, quoties hae reliquiae in promtu sunt, erronee corpus delicti extare sibi gloriantur. Quanto rectius ea appellatio ipsi *facto vitioso* tribuitur, et sic ad ipsum delictum refertur, adeoque quod alias *delictum* audit, *corpus delicti* dicitur. Haec notio demum vera et *propria*, et ad applicationem earum quae de corpore delicti circumferuntur apta est. Nihil enim aliud leges, corpus delicti requirentes, volunt, quam ut *verum* delictum subsit, non *umbra* delicti, *incerta* ac *fallax*, a qua notio delicti abesse potest, et ad quam parum quadrant, quae veri, ac actualis delicti causa in legibus sancita. Quumque omne delictum 1) *facto* externo illicito, 2) voluntate, sive *dolo* sive *culpa* agentis absolvatur, ipsum corpus delicti quoque his duobus omnino constare debet, nec sine illis concipi potest. Dolus, *verum*, culpa *quasi* delictum constituit, tertia species non datur, sed laesio sine his emergens *fato* tribuitur, ad quod non pertingit processus criminalis, et quae huic cohaeret corporis delicti existentia. De dolo id jam docuit Granz. *C.* V. *m.* 2. *S.* I. §. I. cum Romano *de corpore delicti fact. permanent C.* III. §. I. Sed culpam omittere non debuisset, cujus non ultima est inspectio in foro criminali. Errant itaque, qui his circumstantiis omissis, in nudo *facto sensuali* corpus delicti quaerunt, qui nescio, an multum absint ab iis, secundum quorum tradita corpus, in quod peccatum, pro corpore delicti accipitur. Ponamus quod dissentientes urgent, aedes esse exustas, an inquisitio locum habere potest? Imo, ais locum habet etsi de dolo non constet, quia alio-

quin raro aut nunquam evenire potest, ut nefandum hoc crimen condigna poena coerceatur, sufficitque aliquem de facto gravatum esse. Verum enim vero illud gravamen contra aliquem conceptum arguit *doli* vel *culpae* existentiam, et hanc supponit, adeoque quoties contra eum proceditur, duo supponuntur: 1) factum criminale *dolosum* vel *culposum*, quod corpus delicti audit, adesse, 2) *Titium*, qui propterea in jus vocatur, ejus reum esse; sine illo contra hunc procedi non potest, et sic si nulla indicia cum *facti* criminalis, tum *personam* gravantia adsunt, ex quibus quaestio, an delictum subsit, verosimiliter colligi potest, vix est, ut sine vitio ad inquisitionem prorumpere possit judex, quin potius fato omnia tribuenda. Breviter, omnis inquisitio, si fundata est, semper respectum habet ad existentiam *criminis*, nec licitum est Titium delicti reum agere, nisi simul supponas dolo vel culpa contra leges quid commissum fuisse. Ipsa certitudo corporis delicti dependet a *mediis*, quibus de veritate rei constat, quae modo *certa*, aliquando tantum *probabilia* sunt, et sic certitudo est *vera* vel *probabilis*. Illa *oculari inspectione* constat, ut ecce si multis vulneribus confessus resupinus jacet, vel unius vulneris lethalitas per peritos in arte evidenter fuerit evicta: haec ex *indiciis* dependet, veluti si, vestigio sensuali cessante, mater de infanticidio valde suspecta, vel aedibus deflagratis, quis pice bitumineque prope illas deambulare visus est. Unde habes vulgarem distinctionem inter corpus delicti verum, et praesumtivum, quorum illud ad delicta *permanentia*, hoc ad *transeuntia* pertinet, et sic utrumque non tam ratione *essentiae* et *effectus*, quam ratione *demonstrationis* et efficaciae persuadendi judicem, differt, ut ipse innuit Imperator verbis: *So viel als zur Erforschung der Warheit geschehen kan. Art.* VI. *C. C. C.* Ita vero in rebus agendis, quid sit corpus delicti, nosse non sufficit, nisi etiam in *hypothesi* constet, illud existere. In scholis illud docetur, in foro semper cum *certitudine* nobis res est. Ipsae leges quoties corpus delicti exigunt, ab eo certitudinem non separant, sed semper cum illo conjungunt, et sic quidquid de eo sanciunt, in relatione ad eam decernunt. Quae cum non accurate distinxerint eruditi, ac de via delapsi, unde extricatio difficilis. Veritatem rei comprobant quaestiones vulgares 1) utrum ad *inquisitionem* 2) torturam 3) ad poenam *extraordinariam* corpus delicti requiratur? Adfirmat priorem post Auctorem *N.* 4. Heil *C.* I. §. III. Cothmann VI. *Resp.* XII. *N.* XV. posteriorem *Auctor N.* XV. Mascard. *de probab. Vol.* II. *Con.* DCCCXXXI. *N.* VII. Negat utramque post Leyserum *c. l.* Hommel *de corp. delicti* §. IV. *seq.* causati ad hoc, ut contra Stichium valide per inquisitionem procedatur, sufficere, eum deliquisse; fieri posse, ut foemina, quae pro virgine se gessit, corpore intumescente, mox iterum decrescente, post pallida visa, imo alias ob mores deperditos suspecta sit, deficere tum quidem corpus delicti, et infanticidii certitudinem, nihilominus tamen judicem valide, ipso praeeunte Caesare, in *Art.* XXXV. procedere. Speciatim

quod *torturam* attinet, furti suspectos generaliter sub tormentis interrogari super facts, in quibus, quia adhuc *ignorantur*, omnis corporis delicti certitudo prorsus deficit, puta: *Ob sie 'sich nicht bishero dec des Stehlens beflis·en? Wer ihre Diebes Gesellen sind*, tum, tantum abesse, ut sine certitudine corporis delicti ad torturam perveniri nequeat, ut potius haec ad illud eruendum adhibeatur, eo enim pertinere quaestionem: *Wo sie mit dem ermordeten Kinde hingekommen*? Denique poenae extraordinariae applicationem ob sola indicia decerni posse, corporis delicti certitudinem non aeque requiri. Ego litem in aequivocatione *certitudinis* pendere existimo. Constare de corpore delicti, ejusque certitudo adesse dicitur vel *apodictice*, vel tantum *verosimiliter*. Si prius, res clara; sin posterius, tametsi de en non constet, in sensu *philosophico*, constare tamen potest in sensu *juridico*. Ipsis *indiciis* inest certitudo, et talis quidem, qualis ad praesentem processus particulam sufficit, et dum certa *persona* de delicto suspecta esse perhibetur, *delictum* ipsum, ejusque certitudinem, saltim *juridicam* extare, omnino supponendum, sine quo supposito, persona de eo, quod non est, frustra gravabitur. Unde mera est cavillatio, quoties adstruitur, inquisitionem ex solis contra certam personam emergentibus delicti indiciis fundari, corpus delicti vero non requirere. Supplent enim indicia ejus existentiam, et certitudinem, imo corpus delicti *praesumtivum* involvunt. Verum, certum ac mathematicum, concedo, non adest. Tale autem non praecise requiritur, nec unquam quis requisivit ad effectum inquirendi: non eo minus tamen *praesentia* corporis delicti negari, aut abesse potest, ubi reus *indiciis* criminis gravatus, quia ab his omnino ad existentiam criminis, quae cum illis sororio nexu cohaeret, argnere licet. Admitto itaque, in casu praesumti infanticidii inquisitionem vitio carere, sed validam esse, id autem ob corpus delicti *praesumtum* fieri, simul assero, asseramque in perpetuum, quamdiu non docebitur, existentiam criminis *juridicam* abesse posse ab indiciis, aut certitudinem *moralem* cum indiciis ita pugnare, ut positis his, illa prorsus et in totum neganda sit. Eadem observanda, quoties existentia delicti ad *torturam* non requiri perhibetur. Mera enim logomachia est, non constare hic debere de corpore delicti, sed *indicia* omne punctum ferre. Quasi vero de eo semper ex solis *sensibus* constare debeat, et vestigium oculis praecise subjiciendum, praesumtivum autem corpus delicti, quod ipsis *indicia* suppeditant, non ens sit? Impossibile est, veritatem rei in criminalibus ad *oculum* demonstrare, sola *moralis* certitudo hic sufficit, quae si non sufficeret, ob infinitas artes factum occultandi, actum esset de omni inquisitione. Quaestiones, quae reo super facto adhuc *ignorato* sub fidiculis proponuntur, non tam delictum *principale*, quod moraliter certum vi indiciorum esse oportet, sed ejus circumstantias, easque in genere verisimiles concernit: tum interrogatio infanticidae de partu abscondito, ad solum *vestigium* criminis, *abusive* corpus delicti nomi-

natum, pertinet, non vero *infanticidii* existentiam *moralem* negat, eoque sensu interpretes *Art.* XXXV. CCC. recte de corpore delicti *praesumtivo* accipiunt, et quaestiones probant, quantumvis vestigium *sensuale* infanticidii desit. Denique, ubi de poena *extraordinaria* quaeritur, tametsi verum sit, eam ob *indicia* imponi, non tamen ideo corpus delicti negatur, sed potius ex indiciis, tanquam necessariam consequentiam fluere, deducitur. Hac itaque via electa, et certitudinis notione, ut par est temperata, amica est omnium interpretum conspiratio, non autem verus, quem vulgo comminiscuntur, *dissensus*, et recte se habet sententia Auctoris, quod nulla *processus criminalis* particula sine *corpore delicti* applicari possit, pro diverso fine tamne praejudiciali, certitudo ejus *temperari* debeat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 46.

Concessio sine indiciis nulla, nisi facti evidentia succedat.

Veritatem assertorum adhuc evidentius probat *Art.* XX. *C. C. C.* ex quo ne rei quidem *confessione* defectus indiciorum suppletur, sed inquisitio *nullitate* manifesta laborat. Licet enim art. cit. de casu *torturae* loquatur, verba tamen: *soll niemand gefragt werden*, docent, ejus sententiam ad quemcunque interrogationem speciatim, quae aeque inquisitioni simplici propria, et cui ipse Imperator quaestionem sub fidiculis verbis sequentibus contradistinguit, trahendam esse. Quae uti non aliter definit tum *l.* l. §. . et 17. *de quaest.* tum ipsa *naturalis* ratio, omne omnino quidquid injuriam sapere potest reprobans, ita nonnunquam sustinetur inquisitio talis, si confessioni rei spontaneae delicti succedit facti *evidentia*, oculari inspectione comprobata. Hujus solius causa leges inquisitionem, tanquam medium legitimum invexerunt, qua obtenta, de mediis non adeo laborandum, quantumvis circa eorum usum paululum excesserit judex. Peccat is, reum festinanter inquisitione obruens, cumque in finem merito objurgandus, id autem saluti publicae praejudicare, aut impedire nequit, quo minus huic, si liquet de homine nefario, per promeritam poenam satisfiat. Nam regulae processus sunt merum decorum intuitu eorum, quos *vere* nocentes esse constat. Variare ergo possunt, nec neglectae aliter injuriam sapiunt, quam quoties de *innocentia* vere constat vel ea pluribus *dubiis* adhuc involuta est.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 50.

Indicia proxima num praecise ad inquisitionem specialem necessaria?

Quum *finis* circa quem laborat judex, prouti majus vel minus praejudicium producit, mensuram indiciis, ei respondentibus, conciliet, non invitus temperamentum admitto

quod Auctor hoc loco adfert. Et tamen sunt, qui talia *indicia* ad inquisitionem *specialem* requirunt, qualia *tortura* desiderat, ideo, quod haec tanquam finis et effectus proprius et adaequatus per talem inquisitionem intendatur, ut censuerunt, Scabini Coburgenses teste Schiltero *Exer.* XLIX. *Th.* LXXVI. Probat hanc sententiam Grantz *de def. reorum C.* IV. *m.* II. *N.* XIII. si personae *spectabiles* in jus ob delictum vocatae; contra ob leviora indicia inquisitionem admittit adversus personas *probrosae* abjectaeque vitae,quod in his vix aliquid deprehendatur, quo vis *indicandi* minuitur, nec dispendium famae aliis intolerabile, ipsis injuriosum esse possit. Ego nec circa *honestiores* aliter sentirem,quia quantacunque ex morum integritate *praesumtio* pro reo militet, ejusque existimationi consulat, non tamen inquisitionem in praejudicium salutis publicae, eo solo fundamento, quod reus ad perferendos *cruciatus* nondum sit gravatus, remorari potest. Si haec argumentatio valeret, vix futurum credo, ut, qui non singularibus probris vitam maculavit, sed speciem saltim *boni viri* hactenus affectavit, ad inquisitionem trahi possit, maxime cum indicia torturae propria rarissime ab *initio* sese exerant, sed plerumque per ipsam inquisitionem *specialem* demum producantur, adeoque *suspensa* nimis inquisitione, cum ipsa *tortura* tum *poena* delicti eludatur. Ne dicam,quod vulgo asseritur, torturam inquisitionis *indivulsum* comitem esse, manifeste cum veritate pugnare, et sola praxi frequentissima juramenti *purgatorii* elidi. Sublato itaque fonte, concidere, quae hinc deducta, conclusionem oportet. Heils *de proc. inqu. Cap.* III. §. V. Longe minus omnino est, quod ex inquisitione resultat praejudicium, si cum eo,quod *tormentis* inest,comparatur. Cur ergo rerum, quas *propria* indoles, tantopere distinguit, jura confundenda! Praestat potius *mediam* viam tenere et graviora, quam ad *generalem* inquisitionem necessaria, leviora quam quae tortura exigit, indicia ad inquisitionem specialem fundandam admittere.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 53.

Fama fallax indicium inquisitionis.

Proprie *diffamatio* cum reliquis causis *generalem* inquisitionem fundat, causamque constituit, ob quam judex *informationes* diligenter conquirere, et causam ad *articulatum* examen instruere potest. Non tamen *qualis qualis* diffamatio sufficit, nec vanae populi voces fidem merentur, nisi *probabilis* delicti causa simul concurrat,* quae plerumque ex *qualitate* ipsius *rei delinquentis* dependet. Nullum indicium tam lubricum est,quam quod ex sola *fama* desumitur, argumentum, praesertim inter *agrestes*, quibus proprium narrationes et historiolas fingere, recensere, et cum additamentis mox in publicum promovere, ut brevi tempore famam sinistram contra aliquem oriri, videas. Quam ob rem tanto magis judex cavere debet, ne eidem temere fi-

dem habeat, ut infr. *Qu.* XX. docebo.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 55.

Deferentis qualitates. Confessionarius, vasallus, chirurgus, an valide deferant? Delati indoles.

Quae Auctor circa *denuntiationem* profert ad allotria pertinent. Proprius huc spectat examen de *qualitate* delationis, unde sola vis indicandi dependet. Nam iisdem abusibus subjecta delatio, quibus nonnunquam diffamatio laborat. Nulla res magis *inimicis* propria, quam delatio, qua aegre aliis facere student. Reguntur delatores *affectibus*, sub quibus mox innocentes succumbunt. Ni itaque in probanda delatione caute procedatur, facillimum, ut praetextu juris injustitia fiat, quem in finem Imperator ipse *Glauawurdige Anzeigen* requirit *Art.* VI. Huic verisimilitudini investigandae inservit 1) *Corporis delicti* certitudo, sine qua nemo in jus vocandus. Variat haec cum ipsis delictis *permanentibus*, h. e. vestigium sensuale relinquentibus, et *transeuntibus*, quae tale quid non relinquunt; ibi *sensuali* judicis, vel medici facti perceptione verificatur, hic cum *indiciis* coincidit, seu ex illis tanquam *suppositum* colligitur. Utroque modo cessante delatio vix fidem habet. 2) *Personarum* qualitas cum *deferentis*, tum *delatae* pondus delationi modo addit, modo detrahit. Neque enim omnes *possunt* deferre, nec *praesumuntur* veritatem dicere. Illuc refero *confessionarios* ob *sigillum confessionis* iis per leges impositum, *Can.* 19 *C.* II. *Q.* I. non tantum ut vulgo sentiunt, si revelatio in *poenitentiali* confessione, verum etiam si *privatim* domi facta, quum utrobique eadem ratio occurrat, nec *locus*, sed *modus* revelationis medicis animae os claudat, ut docuit B. PARENS *Jur. Eccles. de lit. de poenitent.* § XLVIII. Idem extendit WILLENB. *de denunciat. crimin. C.* II. §. XX. ad *Vasallos*, in fidem vasalliticam, quacunque delatione peccantes 1. *F.* 17. 2. *F.* 24. nec non ad *medicos*, *chirurgos*, quoties vulneratus fidei eorum sese commisit, causamque vulneris iis *secreto* revelavit, quos *perfidiae* crimine se commaculare, et inhabiles ad denunciandum fieri, existimat. Quid vero, si non obstante hac ratione *delatores* facti? Num ea judicem in veritatem inquirere impedit, aut vitium *nullitatis* coeptae inquisitioni conciliat? De Vasallis et Medicis id negavit B PARENS. *J. E. Lib.* V. *Tit.* I. §. XCVIII. quum felonia quidem feudi amissionem, perfidia vero per objurgationem, et reprehensionem in proditore arguat, *fidem* autem delationi, *probabilibus* rationibus ac circumstantiis munitae, quae omne punctum in suscepta inquisitione fert, vix detrahat. Peccat uterque, dum fidem fallit, eaque oscitantia hunc effectum habet, ut si delatio *in sola* utriusque fide fundatur, vix causa justa judici ad inquirendum pateat. Quid vero si variis circumstantiis *probabilibus* vallata sit? tum utique subducta personae deferentis, illae solae ju-

dicem recte excitant ad inquirendum, quum perinde sit, unde quaque probabilitas delationis mutuetur. Imo pro *chirurgorum* valida delatione peculiaris ratio nonnunquam militat, quoties nimirum a) vi *officii* et *juramenti* praestiti ad revelationem obligantur, vel hoc quidem cessante b) iis exceptionem *perfidiae* reus opponit, et hoc ipso novam causam judici subministrat, ex *implicita* tali confessione delati criminis veritatem tanto diligentius indagandi. Num vero idem de *Confessionario* deferente dicendum? In hoc *peculiarem* occurrere rationem, ob quam inquisitio vitio laborat, tradit B. Parens *c. l.* §. XCIX. Ego vero hanc non agnosco, nec *metaphora*, juris canonici architectis familiari, sed auribus *evangelicorum* sacrilega, quod revelatio sacerdoti, ut *DEO*, facta, dimoveor, adeoque in hac specie eamdem prorsus, ac in caeteris rationem adesse existimo. Æque peccat Sacerdos, ac Vasallus et Medicus, uterque fit testis non *omni exceptione* major, sed omnem omnino fidem *leviori* hoc excessu, non amittit, adeoque aliqua verisimilitudo, quae ad informationes ulteriores colligendas judici sufficit, nihil omnino superest. Exempla probatae inquisitionis ad talem delationem habet Brunneman *Cent.* III. *dec.* XXVIII. Berger *Elect. jurispr. crim. p.* 148. Textor *Prax. jurid. P.* II. *C.* XI. *N.* LV. Leyser. *Sp.* CCLXXXIV. *Med.* XI.

Progredior ad *alteram*, quae delatoribus ex defectu verisimilis assertionis obstat, exceptionem. Haec ponit personas *in se* habiles ad denunciandum, sed in *hypothesi* a veritate deviantes. Causae hujus sinistri judicii sunt variae, et plerumque in eo fundantur, quod *testem* a testimonio repellant, sive ob *inimicitias*, sive ob *utilitatem speratam*, sive ob *reverentiam*, sive ob *affectus*, ut late docuit Schacher *de delict. jud. denunc. C.* III. Nominatim partis *offensae* denunciatio mihi valde *suspecta* videtur. Imo ipse Auctor licet, eam *N.* LIV. probat hanc suam sententiam *P.* I. *C.* XVI. *def.* LVI. *N.* II. temperat, et ut aliorum *testium* assertio concurrat, requirit. Mihi in praesenti generaliter observasse sufficit 1) ex fide *suspecta* delatoris validissimam reo suppeditari exceptionem pro infrigenda inquisitione, ad ejus narrata susceptam, adeoque praestare, ut de ea ex *actis* constet. Oldek. *Observ. Tit.* II. *Obs.* XIX. *N.* V. Struv. *Obs. crim.* VIII. *C.* II. Granz *de def. reor. C.* V. *M.* II. *Sect.* 2. *A.* V. *N.* CCCCLXIX. B. Parens. *Tit.* II. *Resp.* XXXVII. *N.* XXX. Froel. *L.* I. *P.* I. *Tit.* IX. *N.* IV. Quod magis, judicem quoque reo urgenti pro instruenda defensione ad avertendam inquisitionem comparata obligari, ut *nomen* delatoris propalet, dicendum est. Non ejusdem sententiae est Willenberg. *L.* V. §. IV. Sed distinguit, utrum judex delatori *fidem* dederit de nomine ejus non manifestando, an non: priori casu eum, propalationem frustra exigere, quod fides fit servanda; posteriori, siquidem praeter delationes occurrant *conjecturae* criminis, itidem *vanas* fore reorum preces; sin ea sola fide *delatoris* pendet, morem reo omnino gerere debere judicem. Absit ut his subscribam. Nam vitium, quod fidei in praejudicium *tertii* datae cohaeret,

est manifestum, adeoque promissum non est efficax ad tollenda jura huic lege naturali et civili proficua. Unde quo jure, cessante promisso, ipso fatente WILLENBERGIO, delator, ut reus contra eum excipere possit, propalandus, eodem similis obligatio judicem in casu *occultationis* promissae stringit. Quodsi aliunde reus *gravatus*, facilius citata auctori subscriberem, quum facultas inquirendi hac sola circumstantia sustineatur, et sic rei non adeo intersit, notitiam delatoris conquirere, nec ei per talem denegationem *injuria* inferatur. Quae cum in casu rei absoluti, et de satisfactione solliciti, de quo cit: auctor propric c. l. agit, ita obtineant, multo magis in praesenti specie obtinebunt, ubi res adhuc *integra* est, quae longe majorem *favorem* conjunctum habet pro impedienda injuriosa, quae pendet, inquisitione 2) vi *indicativae*, quam qualitas delatoris suggerit, multum accedit ex *corporis delicti* conditione. Quo certius hoc est, eo minus in fidem delatoris inquirendum, quia illud per se judicem commonet, ut auctorem exquirat, testes de eo examinet, et quidquid ad *informationem* necessarium, conquirat. Usum hoc habet in delictis facti *permanentis*, quorum sensuale vestigium judicem velit, nolit, ad inquisitionem trahit, qualiscunque etiam delator fuerit. Contra in *transeuntibus*, ubi certitudo mere probabilis est, et ex ipsis indiciis dependet, major praecautio adhibenda, diligentiorque fidei delatoris indagatio suscipienda, ne *innocenti* per quamcunque delationem fraus fiat. Cujus rei consequens est, ut quaestio de inhabilitate delatoris magis ad hanc, quam priorem speciem releganda sit. Quam ob rem facile judicium de *mulierum* delatione ferri potest, de qua nonnulli parum bene sentiunt, argumentis maxima ex parte ab *accusatoribus*, *testibusque* mutuatis, ZANG *de Qu. et tort. C.* III. *N.* XXIV. SCHACHER *c. l. c.* III. *N.* VI. Alia enim est *accusatio* ipsis legibus specialiter determinata, alia *testimonii* dictio cujus fide reus condemnatur, alia denique sola *delatio*, quae magis ex regulis *rectae rationis*, *quam* apicibus legum dependet, et solam *viam* judicii ad percontationem facti monstrat, non vero per se quidquam ad *condemnandum* reum contribuit. Priores singularem *habilitatem* personae requirunt, posterior non item, sed *arbitrio* judicis facilius subjacet, ut ex circumstantiis allatis aestimet, quanta fides eidem habenda sit WILLENBERG *c. l. C.* II. §. XIV.

Denique personam delatoris excipit *delatae* quae si ejus vitae fuerit, ut *solita* sit tale quid, de quo quaeritur, committere, multum conducit ad *probabilitatem* denunciationi conciliandam, sicuti vice versa multum eidem decrescit, quoties ejus mores vitaeque ratio praesenti delicto prorsus non respondent, sed potius cum illo pugnant. *Solita* praesumit judex, non *insolita*, quantaecumque demum fidei delator fuerit. Homo is est, errare et trahi affectibus, judici forsan ignotis, potest ad deferendum, innocentem. Adeoque non aliter in ejus allegatione acquiescendum, quam si cum ejus integritate, delati *vivendi* ratio *culpabilis* concurrit.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 59.

Delatio nuda, tecto nomine, periculo petentis. Adnotatio fundamenti inquirendi. Cautelae circa delationem juramento firmandam.

Nuda nominatio potissimum dicitur, quae *sola* fide delatoris nititur, nec *moribus* suspectis socii nominati obfirmatur. Haec, si ullam vim produceret, actum foret cum cujusvis securitate, quum homo maleferiatus,et qui omnem pudorem decoxit, cujuscunque honestissimi viri *societatem* facillime affectare posset. Unde rectae rationi convenientissima est doctrina Auctoris, imo et juri positivo, quod cavet, ne *de se confessio*, credatur in praejudicium tertii *l.* 11. *C. de testib. c.* 1. X. *in fin. de conf. c.* 10. 20. X. *de test.* Nam quae allegatio, ne ad *purgatorium* quidem gravat, quemadmodum ex omnium confessione in tali nominatione juris est, ea nec potest inquisitionem *generalem* fundare. Potissimum hoc usum habet in *adulterio*, ubi saepissime vilissima mulier cum viro integerrimo consuevisse allegat, nonnumquam herum suum adulterii reum facit. Hae vanae voces vix audiendae, sed insuper habendae,maxime quia ipse CAROLUS V. nominationem, etiam tortura corroboratam infirmat, quamdiu non constat. *Dass die besagte Person also argwohnig sey, dass man sich der besagten Missethat zu ihr versehen moge.* Neque aliud dicendum,si inter *dolores* partus nominatio facta, cui alioquin plus aequo fidere, nominatumque confestim carcere mancipare solent, quibus recte dicam scripsit LEYSER *Sp.* DLXXI. *M.* VII. Sunt quoque qui in criminibus *exceptis* multum nominationi tribuunt, FROELICH. *P.* I. *Lib.* I. *Tit.* IX. *N.* II. Sed parum accurate, cum majus, quod in his imminet poenae praejudicium, non minorem, quam in reliquis cautionem requirat, contraria sententia vero falsa hypothesi nitatur, quod in his a *regulis* deflectendum. Forsan nimia quorundam in nominatione collocata fiducia debetur inveterato *praejudicio*, quod ex vetusto processu contra sagas quosdam occupavit. Nam *sortilegii* gravissimum indicium constituisse hance nominationem, ex professo docuit JACOB BRUNNEMANN *von der Zauberey p.* 30. Cujus exemplo forsan ad alia crimina subinde tractum. Uti vero omnia legitimae inquisitionis indicia in eo, quod causis non prorsus ab omni verisimilitudine alienis absolvantur, conveniunt, et hoc solo respectu ad ulteriorem percontationem ansam dant, ita, ubi probabilitas vel plane *nulla* adest, vel non nisi e *longinquo* petita, ibi frustra circa inquisitionem judex occupatur, sed nulliter agit, reoque satis sufficientem exceptionem suppeditat, omnia molimina sibi noxia penitus summovendi. Ejus generis est delatio *tecto*, vel *ficto* nomine facta, quam ipsi Caesares quondam cohorruerunt, remque *pessimi exempli* habuerunt, sine auctore, propositi libelli accusationem admittere, ut ex rescripto TRAJANI docuit PLIN. *L.* X. *ep.* XCVIII, FROEL. *c. l. N.*

IV. Oldek. *T.* II. *Obs.* XIX. *N.* V. Multo minus sola *curiositas*, studiumque reo per varias quaestiones *laqueos* ponendi probari potest, sive inquisitio inchoanda, sive ex justa causa inchoata, ad aliud sed *diversum* crimen extendenda. Non enim ab uno delicto ad aliud, quod *diversum* est, imo *proprium* separatumque fontem habet, valet consequentia, adeoque injuste judex agit, qui, dum reum, de furto vere gravatum, summarie examinat, simul adulterium, incestum et si quid simile, deluendum objicit Stryck *de Curiosit. C.* III. *N.* XXX. Parum ab his abest oblatio delatoris, ut *suo periculo* judex procedat, adeo, ut si vel maxime ad carceres se offerat, audiendus non sit, per *Art.* XI. *C. C. C.* qui, etsi de *incarceratione* loquatur, ob rationis paritatem ad *inquisitionem* trahi debet. Nam non temeritas, sed lex positiva, et recta ratio normam judicandi constituit, quarum neutra istiusmodi *barbarum* procedendi modum probat. Imo potius haec ipsa oblatio suspectam delatoris causam reddit, cui eo minus subscribendum, quo magis constat, hominem *affectibus* plenum, nihil non, etiam suomet *incommodo*, tentare, modo ut, alteri aegre faciendo finem intentum obtineat. Legi merentur quae hanc in rem collegit Stryck *Dissert. de peric. petent. C.* III.

Inde vero apparet: 1) quam necessarium sit, *fundamentum* inquisitionis actis inserere, ut mox primo intuitu pateat, an labor justum *initium* habeat. Monet id Imperator *Art.* VII. *C. C. C.* dum praecipit judici, *dass re alle Umstande und Gelegenheit ihres Erfahrens des Verdachts eigentlich in Schrifften berichten oder verfassen solenn.* Quid enim si tenor primarum linearum in registraturis talis fuerit: *Es ist vor nothig befunden worden Titium vorfordern zu lassen um zu befragen.* Ut non nunquam ex actis observavi. Num extraneus justiorem sententiam ferre potest, quam hac formula:

Dass vor allen Dingen aus was vor Grund die gegenwartige Inquisition wider Titium angestellet, ad acta zu registriren, worauff alsdenn ferner ergehet, was Recht ist.

2) Haec praecautio simul suggerit judici cautelam, delatorem adigendi, ut narrata *juramento* confirmet, Froel. *P.* I. *L.* I. *Tit.* IX. *N.* IV. Hoc modo defectus verisimilitudinis suppletur, judicique via paratur, tanto fidentius inquisitionem suscipiendi. Unde potissimum hoc usum habet, si deficientibus *indiciis* aliunde conquisitis; delatio sola *deferentis* fide nititur, isque *bene* audit, et alicujus dignitatis est, Granz. *c. l. C.* V. *M.* II. *S.* II. *Art.* V. *N.* CDLXIII. adeo ut si veritas aliter haberi nequit, *judaei* quoque denunciationem contra christianos suam juramento firmare cogantur Berger. *P.* II. *Resp.* CCXV. Sin *male* audit, temeritati, nequidem sub juramenti palliamento, in injuriam alterius fenestra aperienda, sed delator, si *vilioris* conditionis fuerit, tamdiu in *carcere* detinendus, donec sufficientem *cautionem* contra *calumniam* praestiterit, Manz. *dec. palat. Qu.* LXIII. Multo magis emolumentum, quod delator ex inquisitione sperat, remoram injicit huic juramento. Sive

enim singularem voluptatem inde capere praesumatur, sive interesse patrimoniale, quod *debitoribus* proprium, qui solutionem differre studentes conventi, creditores de *falso*, vel *usurarum pravitate* insimulare, et asserta variis historiolis exornare student, a jurata assertione pro fundanda inquisitione contra creditores repellendi. Haec enim si admitteretur, actum foret de securitate publica optimorum virorum, ceu solide docuit Leyser *Sp.* DVI. *Med.* XXIV.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 63.

Nequidem summarium examen contra quosvis promiscue admittendum.

Admitto hanc sententiam, quamdiu judex in conquirendis argumentis, testibusque *generaliter* examinandis, occupatur. Simul ac vero ad examen summarium proceditur *conditionis* personae examinandae, quam maxime habenda ratio, quia hoc examen, quantumvis ad inquisitionem specialem haud pertineat, *existimationem* non parum minuit, quae ut conservetur, boni civis quam maxime interest. Plane si, ut nonnulli sentiunt, in illo initium *specialis* inquisitionis quaeritur, res tanto minus dubia est, cum haec faucibus omnibus non facile contra *altiores* personas decerni possit, sed cum magna praecautione injungi debeat.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 65.

Testium depositiones juratae ad inquisitionem specialem. Praxis contraria.

Ea ipsa ratio, qua Auctor *in speciali* inquisitione *injuratis* testibus non credendum existimat, satis manifeste imbecillitatem hujus sententiae prodit. Omnis quippe generalis inquisitio unice ideo formatur, ut de *fundamento* sufficienti specialis inquisitionis constet, et sic propter hanc unice circa illam judex laborat. Quo jure ergo specialis inquisitio non nisi juratorum testium fide sustinetur, eodem nec generalis, tanquam medium ad justificandam priorem idoneum, alio modo probanda. Accedit, quod secundum experientiam quotidianam injurati testes longe *incogitantius* sive in favorem, sive in odium rei deponant, ut nil facilius sit, quam judicem hoc ipso modo ad *molliorem*, modo ad *rigidiorem* tractationem causae seduci; tum ipsa eorum *inconstantia*, simulac postea ad juramentum adiguntur, hoc suggerit, ubi modo *revocant*, iterum *restringunt*, nonnunquam *declarant* asserta priora, ut vix quidquam ejus, quod ab initio deposuerunt, ex post facto salvum maneat. Saepe, qui revocare serio optant, *pudore*, *metuve* deterriti malunt *falsas* narrationes postea juramento confirmare, quam *inconstantiae* notam subire. Quae mo-

menta, ipsis rerum argumentis comprobata, non possunt non sortem reorum ancipitem facere, si ad sola narrata, posthabito juramento testium ad *specialem* inquisitionem mox progressus sit. Consentiunt Cothm. *Tit.* III. *Resp.* XXX. *N.* CCCIV. Decianus *Resp.* XCII. *N.* XXX. Gail. I. *Obs.* CI.*N.* IX. Heils *de Proces. inquisit. L.* I. §. XII. Cui ratio Auctoris, a jurato testimonio soli *condemnationi* dicato, ad inquisitionem non temere trahendo, minus obstat. Nam ubi ad illam deveniendum, testes de ipso *actu delicti immediato*, non de solis *indiciis*, ut hic supponitur, deponunt, adeoque per isthoc juramentum *differentia* depositionis, ad effectum *condemnandi* et *inquirendi*, quam perituram Auctor suspicatur, nullo modo tollitur. Longe securius ergo regulisque justi convenientior agit judex, qui non nisi *juratas* depositiones admittit, et hoc modo allegationes liberaliores, vel restrictiones, vix defuturas, praecavet. Interim non *omnes* testes, sed tot, *quot* fidei faciendae idonei, ex pluribus illi, qui magis *conscientiosi* sunt *juramento* constringi oportet. Imprimis hanc cautelam necessariam esse existimo, quoties testes, qui actu praesentes fuerunt, et ejus notitiam procul dubio acquisiverunt, facti vel *scientiam*, vel *veritatem* in depositionibus subdole *dissimulant*, de qua specie nominatim ita cavet *Ord. crim. Boruss. c.* III. §. XIV.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 67.

Num judex accusationem instruere teneatur?

Verissima sunt quae Oldek. *dec.* V. *Qu.* III. hanc in rem contra Auctorem scribit, ejusque inconstantiam notat, qua manifeste contrarium ex praejudicio, quod inquisitorius processus sit mere *extraordinarius* et *subsidiarius* supra *Qu.* CIII. *N.* LII. et *Qu.* CVII. *N.*I.II.XXVI. proposuerat. Utcumque sit, praesens doctrina veritate sua utique prae ea, quam Auctor antea defenderat, se commendat, nec habet, quod Auctorem circa quaestionem de obligatione ad *edenda acta* vellicet Oldekop. Alia enim quaestio est, utrum judex *cedere* accusatori teneatur, quod recte negatur alia, an quae ipse conquisivit, accusationi *subministrare* teneatur, ut his ipsis accusationem instruat? Quisquis accusat, *instructus* in judicium venire debet, nec ut judex causam suam instruat, sub ulla specie urgere potest, nisi tantum de illustranda et corroboranda accusatione aliunde satis instructa, quaestio sit intuitu cujus facilius fundatam caussam habet.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM CVIII. N. 68.

Nulla specialis inquisitio sine generali.

Ultima verba praejudicium produnt unde haec profluxerint. Supra *Obs.* I. quantum satis ostensum, non absolvi *generalem* inquisitionem solo corpore delicti, ejusque auctoris notitia, sed *circumstantiarum* indagationem praeterea desiderare. Quo posito de veritate praesentis propositionis merito ambigo, judicemque ad conquirendas circumstantias obligari, consequenter eumdem in *generali* inquisitione tamdiu occupari reor, donec tot momenta collegit, quot ad formandos *articulos inquisitionales* sunt necessaria. Interim eumdem errorem cum Auctore errarunt Mevius *Part.* V. *Dec.* CCCI. Beyer *ad art.* VI. *pos.* II. Simile judicium esto de casu, si reus mox delictum circumstantialiter *confessus* est, ubi nonnulli inquisitionem *specialem* mox locum habere perhibent. Nam, eo non obstante, generaliter inquirendum, qui sint motus animi, qui affectus ipsius rei? num *serio*, an taedio vitae, vel melancholia, vel ex lascivia confessus sit? Hac similive circumstantia emergente, inquisitio specialis per se evanescit. Qua de causa magis praestat, utrobique re integra inquisitionem *specialem*, seu articulatum examen paulisper *suspendere*, quam inanibus laboribus viam aperire.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 8.

Discrimen jurisdictionis Romanae et Germanicae.

Elegans est observatio de non confundenda notione jurisdictionis *Romanae et Germanicae*, contra eos notanda, qui exemplo Pauermeisteri similiumque Legulejorum in verba juris latialis jurare solent. Sed praestaret, illam paulo plenius ac solidius explicatam fuisse. Nam quae de *modo* habendi jurisdictionem proferuntur, tanti non sunt, ut *diversam* notionem exhauriant. Melius et plenius in hoc themate versatus est Thomasius *de different. jurisd. et magist. R. et G.* Potior differentia huc redit, quod cum jure romano judicis potestas *cognoscendo* circumscriberetur, inter Germanos ea *imperandi* potestate fuerit absoluta. Aliud in Germania erat *quaerere*, aliud *invenire* sententiam, hoc solis *scabinis*, illud soli *judici* proprium. Diserte *Glossa ad L.* III. *art.* LXXVIII. *J. P. S. Darum ist der das Urthel fraget der Richter, und nicht der es findet*; illud speciem *consilii*, hoc *imperii* et directionis habebat, Puffendorff, *de jurisd. Germ. P.* I. *C.* II. *pag.* 14. Ita majores, a quibus pedetentim germani desciverunt, et ad modulum juris romani utramque potestatem conjunxerunt, quo jure hodienum utimur. Magis notari meretur differentia ab *objecto* desumta, dum Romani jurisdictio-

nem ad solas caussas *civiles* restrinxerunt, Germani contra non tantum ad *criminales* traxerunt, verum has *potiorem* ejus partem esse, existimarunt, in quo conceptu etiamnum subsistimus.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 10.

Variae jurisdictionis criminalis appellationes. Caussa in hypothesi criminalis forum fundat contra judicem civilem.

Non omitti debuisset appellatio *des Ungerichtes*, quae in genere pro jure puniendi crimina accipitur, ut fatetur *Glossator ad jus. Weichb. Art.* XVII. *N.* IX. licet in sensu eminentiori ipsa *quatuor* crimina capitalia hac appellatione comprehendantur. *Idem ad Art.* XXXVIII. *conf.* Kress. *de jurisdict. sub formula Richt und Ungericht*. Alicubi in chartis distincte describitur: *Das oberste Gericht das Haupt und Glieder anruhret*, vel latine: *Judicium colli, et manus*, item: *quod ad corporis pertinet damnationem, judicium spathae, alta justitia*, ceu plena manu docent diplomata, quorum indicem dedit Cl. Puffendorff *de jurispr. german. Part.* II *Cap.* II. §. III. *seqq.* Alicubi stylo juris romani, *merum imperium* audit, veluti in charta Ruperti Imperatoris apud Schilter. *ad jus. allem. Cap.* XLII. §. XII. Frequentior est appellatio *banni* in charta apud Puffendorff *cit. l. p.* 183. *Banni et Centenae* apud du Fresne *Gloss*. voce *Centena*. Explicatius banni indolem circumscribit diploma Rudolphi in Wigulei Hundii *metropol. Salisb. T.* I. *p.* 262. *N.* V. ibi *dedimus et concessimus officialibus praedicti episcopi quos ad hoc praesens et futuri episcopi pataviensis duxerint ordinandos plenam justitiam judicandi de crimine et judicio sanguinis exercendi in tribus locis -- furias, patibula, truncos et tormenta, alia quibus reorum crimina puniuntur publice erigendi, concesso ipsis eo jure, quod* Bannum *vulgariter audit.* Etiam hodie formula *mit dem Blutbann* noto notior est, judicemque superiorem legitimat; neque infrequens clausula in Saxonia *in peinlichen Fallen*, de qua recte observat Wernher *p.* 1. *Obs.* CCLXXXII. ad excludendum judicem civilem non sufficere, quod causa in *thesi sit criminalis*, nisi quoque in *hypothesi* talis fuerit, h. e. non satis esse, ut in delictum in se spectatum poena legibus constituta sit mortis, sed insuper requiri, ut praegnantia *indicia* concurrant, ex quibus forti praesumtione intelligi possit, causam etiam quoad *praesentem reum* capitalem esse. Qua restrictione omnino opus est ad impediendum, ne in casibus *dubiis* judici civili nimis praejudicetur, et ipsi praeripiatur causa, quae in praesenti non aliam, quam *civilem* cognitionem admittit. Usum habet isthaec observatio in *academiis*, quibus passim *civilis* in studiosos, *praefecto* vero *criminalis* jurisdictio competit. Nam etiam studiosorum vulnerationes pleraeque *civiliter* tractantur.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 15.

Jurisdictio limitata, et illimitata, alta, bassa, media. Natales divisionis.

Quum jurisdictio sit potestas, jus in omnibus causis dicendi, et quantum in hunc finem opus est, imperandi, adeoque sua natura in Germania *latissimum* ambitum habeat, non mirum, quod ejus exercitium tantopere variet, et modo *laxoribus* modo *restrictioribus* limitibus constet. Non enim tantum *alta* et *bassa* cognita, verum etiam prior passim varie *determinata* est, ut modo plena sit, omnesque causas criminales complectatur, nonnunquam ad *certa* delicta, eaque *capitalia* tantum restringatur. Hunc morem servat Franconia, ubi *die hohe Malefitz-Obrigkeit* distinguitur a *centena*, et praeter delicta capitalia *Mord, Raub, Noth-Zwang, Brand*, vulgo *die Haupt-Rügen, die 4. hohen Wande*, centenae tantum propria, reliqua crimina coercet, Wehner voce *Zent.* Pluribus argumentis chartisque hanc jurisdictionem criminalem propriam exornat Puffendorff *de jurisd. Germ. p.* 184. Struv. *de allod. imper. Cap.* III. *p.* 375. Inter alias chartas notabilis est compositio inter Girardum *comitem Matisconensem* et *Monachos cluniacenses* apud Guichenon *Biblioth. Sebus. Cent.* I. *N.* LXXI. Ubi comiti tribuitur jurisdictio in *latrones, adulteros, homicidas, foeneratores.* Huic proxima divisio in *altam, mediam, et infimam*, quam exhibet charta apud Lunig *Specil. Eccles. Tom.* II. *pag.* 342. Miraeum *Cod. piar. Cap.* CVII. Chifletium *Vindic. Hisp. pag.* 291. Engelbrecht. *de jurisdict. alta et bassa S.* II. *M.* II. §. I. *Hogest Mittelst un siedest* dicitur in chartis apud Puffendorff *c. l. pag.* 184. Struv. *de allod. imper. C.* III. *p.* 375. Ludolph *Symphor. T.* II. *pag.* 809. Natales tam diversimodae jurisdictionis, unde petendi, non adeo expeditum est. Sunt, qui judiciorum *ecclesiasticorum* nimiam extensionem ad quaedam crimina, eam distinctionem produxisse defendunt, vid. B. Parens *jur. eccles. Tit. de homicid.* §. XV. Alii in *centenariorum, comitumque* pristina discrepantia fundamentum reperisse sibi imaginantur. Gryph. *de Weichb. Saxor. Cap.* LXII. cum Engelbrecht. *l. c. S.* I. §. X. Neutra tamen sententia satis expedita est, nam utrobique quidem aliqua *similitudo* cum alta vel bassa, nil vero occurrit, quod cum *media*, quae eamdem rationem, et originem habet, commune est, adeoque indice opus, qui ad *utramque* divisionem pertingit. Propior reliquisque convenientior in *restrictis concessionibus*, et largitorum liberrima voluntate, uni *plus*, alteri *minus* conferendi, quaerenda. Quo rarior indulgentia *omnimodae* jurisdictionis, eo frequentiores sunt concessiones, cum aliquo *temperamento* factae, quo largitores sibi quaedam *reservarunt*, ut de charta apud *de* Ludewig *T.* V. *Reliq. MSS. p.* 431. *reservantes nobis—judicium in majoribus causis sanguinum quae capitales dicuntur*, similiter apud Kettnerum *Antiq. Quedlinb. pag.* 255. *exceptis,*

quae sanguinis effusionem et homicidia vel furta manifesta contingunt, *quae suo sunt reservata judicio*, in *deduct. de dominio et advocat. Molnensi* inter diplomata *N.* XXIII. *judicio capitis et manus excepto* denique in *deduct. pro Abbat. S. Michael, Beylagen N.* XXIII. *excepto judicio*, *quod pertinet ad corporis damnationem*. Facta ita semel ab initio, pro arbitrio *divisione*, ea plerumque in subsequentibus concessionibus retenta, tandem in morem abiit, et usu longaevo firmata est ex genio germanorum, quibus pro piaculo habitum, ab institutis *majorum* recedere. Alibi citius, alibi serius potestas dividi coepta, neque *eodem tempore*, in universum, aut in quadam terrarum regione, hunc morem invectum fuisse, certo asseri potest, sed, prout largitoribus visum, ex mero *arbitrio* vel *temperata*, vel *solida* concessa jurisdictio, donec frequentia *determinatae* potestatis usum distinctionis in foro et scholis invexit. Quumque nomina negotio imponere opus visum, quid mirum, quod modo *alta et bassa*, modo simul *media* vocata, prout hic tantum criminalem a civili distinguere, alibi solam criminalem temperare, moris fuit. Vide quae meditatus olim in *Diurnis Hallens. An.* MDCCXLVIII. *Mens. Septembr.* In specie reservatio *capitalium* delictorum supra memorata, ansam divisioni in altam, mediam et infimam dedisse videtur, quarum illa causas *exceptas*, ista *reliqua* crimina haec causas *civiles* complectitur. Inde appellatio *Fraisch* quae soli *criminali* propria modo *Ober*, modo *Nieder Fraisch* audit, et civili contradistinguitur. Clarissime id apparet ex gravaminibus *comitum* apud Wernerum *c. l.* ubi postquam *die* 4. *hohen Rugen* centanae vindicantur mox additur: *Das ubrige alles stehet dem Vogtherrn, so die Mittel und Nieder Fraische und bassam jurisdictionem hat, zu strafen zu, wie das Nahmen hat nichts ausgenommen*.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 44.

Determinatio delictorum ad altam vel bassam pertinentium. Usuraria pravitas a quo cognoscenda? Poenam numellarum quis imponat? Capitalia, die Cent-Falle, num latam an strictam admittant interpretationem?

Quotquot dubia circa competentiam alterutrius judicii moventur, non tam circa graviora, aut leviora quam *mediae* sortis crimina moventur, de quibus in utramque partem plerumque rationes allegari possunt. Est enim utraque appellatio *superioris* et *inferioris* jurisdictionis valde *indeterminata*, cujus limites a diversa repraesentatione, quam quis sibi ubique de poena imminente format, pendent, adeoque non possunt non, plures species delictorum *ambiguae* naturae manere. Docet hoc Auctoris doctrina de *modica* poena *pecuniaria*, et carcere *aliquot* dierum *N.* XIX. Quis enim numerum dierum, aut solidorum inire poterit? Quod cum fieri nequeat, semper dubium est, et erit, num

decem, aut plures solidi superiori, an inferiori judici jus quaesitum tribuant? Hinc larga messis *collisionis* inter utramque jurisdictionem, quae judices inter se committit, et multifariis saepe intempestivis disputationibus ansam praebet, inter quas justitiae administratio, non raro multum detrimenti patitur. Quantacunque demum huic dissidio componendo paratur medicina, vitio *incertitudinis* laborat, et solo *gradu* verisimilitudinis se commendat, rem *plene* vix definit. Extantioribus, et maxime proficuis mediis definiendi *lites* de *collisione*, tum leges *provinciales*, quibus objecta utriusque jurisdictionis determinata, tum *pacta* vicinorum super catalogo majorum delictorum inita, tum *litterae investiturae* crimina sigillatim definientia, refero, ut docent exempla plena manu allegata in *Elem. jurispr. crim. S.* 1. *Cap.* III. §. LIX. *in not.* His vero non obstantibus quotidianae emergunt lites circa species legibus pactisve *nominatim* non comprehensas. Exemplo sunto *vulnera*, quorum tanta est *varietas*, ut *mensuram* singulorum definire fere impossibile videatur, etsi de *quibusdam* nominatim inter utrumque judicem hinc inde conventum. Parum concludit remedium ab *observantia* mutuatum, quia etiam haec plerumque *incerta*, *fallax*, sibique *contraria*, raro ab omni *contradictione* aliena est. Maximam fiduciam plerique cum Auctore nostro in *analogia* et similitudine casuum expressorum, ac omissorum collocant. Verum ne ea quidem semper expedita, solidisque decisionibus apta est, ob raritatem similitudinis *absolutae*, et intercedentem mixturam circumstantiarum, quae docet non omne simile idem esse. Praestat id aliquot exemplis illustrare. Quaerunt vulgo, utrum cognitio de *usuraria pravitate* ad judicem *superiorem*, an *inferiorem* pertineat? *Saxones* pro illo pugnant, quia inquisitionem solemnem hic probant, quae huic tantum propria. Alii ob imminentem *poenam* plerumque leviorem hujus partes suscipiunt, Leyser *Sp.* CCXLVI. *M.* IV. ob *Rec. Imp. de An.* MDLXXVII. §. XVII. Eaedem lites quoad poenam *numellarum* emergunt, quae ex veriore sententia proprie ad jurisdictionem *inferiorem* pertinet, nisi cum *palo infamante* conjuncta est, Puffendorf. *c. l. pag.* 208. Ita saltim *qualitas* poenae suadet, quae in levioribus locum habet, tametsi Saxones aliter sentiunt, Bechman. *de jure numel.* §. V. *seq.* Facilius *confiscatio bonorum* poena erit jurisdictioni altae conveniens, ut ex similitudine cum poena *corporali* probat Idem c. *l. pag.* 193. Simile fatum subit quaestio vulgaris, utrum reservatio *derer Zentfalle* stricte capienda, an sub ea *plura* delicta intelligantur, expressis haud adsimilia, de qua quam ambigue judicent interpretes constat ex Linckio *de Vogteia et Centena Cap.* III. §. XII Schottelio *de sing. in Germ. jurib. C.* VII. §. VI. Lites nobilium *immediatorum* cum praesule *Herbipolensi*, qui sub voce: *Nothzucht*, omnia crimina *carnis*, sub verbo: *Mord*, quascunque homicidiorum *species*, sub *Dieberey*, simul *rapinam*, *raptum*, *receptationem furum*, *falsum perjurium* lucri causa commissum comprehendere tentavit, plenius recenset Kress. *de ver. jurisdict. crim. Germ.*

C. XII. *Obs.* V. §. II. Hae et similes quaestiones sunt mera *problemata*, eruntque in posterum, quamdiu non *certior* determinatio speranda, quae alio modo vix possibilis est, quam si *omnia* omnino crimina poenali coercitione digna ad *superiorem* jurisdictionem restringuntur, solis causis *civilibus* inferiori relictis. Saltem quamdiu retinemus *vagam* illam graviorum et leviorum criminum appellationem, omnis labor circa species vel *plane* non, vel non *satis* determinatus, erit inanis, adeo ut nequidem *regulam* hic formare, et pro quo in *dubio* pronunciandum, asserere tuto liceat, quum eaedem pro *alta* plerumque militent rationes, quae bassam in casibus *specialibus* tuentur.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 51.

Vindicta stupri est judicis inferioris.

Ratio, quam Auctor *N.* XLVII. allegat, est mere *particularis*, et ad sola stupra *qualificata*, vel ea loca pertinet, quibus in omne stuprum *gravior* censura statuta, quorsum etiam vergunt, quae tum Harpprect *Cons.* XLIX. *N.* VI. tum Auctor noster in iis casibus, quibus in honorem conjugii futuri de rigore capitalis poenae multum remittitur, aliter statuit, judicemque *inferiorem* potiorem esse defendit. Mihi videtur *regula* pro judice *inferiore* militare, quia poena stupri ex constanti in Germania observantia vix *pecuniariam* praestationem excedit. Invexerunt eamdem judicia *ecclesiastica*, quae causas stupri sibi olim vindicarunt, excluso judicio seculari; ut statuta *synodalia* passim evincunt, teste fratre Georgio Ludov. Boehmero de mulcta *stupr. C.* I. Tandem reformatione sequuta, *cognitio* cessit jurisdictioni *seculari*, vetus *coercitio* autem more majorum in plerisque locis sub eodem temperamento retenta. Unde jus commune, in causa stupri reos coercendi neque ex praeceptis *latialibus*, dudum antiquatis, nec ex jure *Carolino*, quod de hoc prorsus silet, sed unice ex diuturna *observantia* repetendum. Posita autem supra dicta poena, magis pro judice *inferiore* in dubio pronunciandum, quod etiam probant Ertel de jurisdict. infer. CXVIII. Obs. II. Berlich. *Part.* I. *Cons.* XXXVIII. *N.* CXXVII. Leyser. *Sp.* DLXXXI. *Med.* XIX. Puffendorff. *cit. l. pag.* 223. Brunnemann *de Process. inqu. C.* III. *N.* XXV.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 60.

Relegatio simplex inferiori, ignominiosa superiori propria.

Haec parum cohaerent cum principio, secundum quod relegatio poena *civilis* est. *Qu.* CXXX. *exposito.* Neque Auctor ad dubium sibi formatum, quod relegatio proprie poena *criminalis* non sit, quid re-

ponere potuit, praeterquam, quod ita in *Saxonia* sancitum. Rectius Puffendorfius *c. l. pag.* 200. inter relegationem *ignominiosam* et *simplicem*, nec non *ejectionem* quam vulgo *consilium abeundi* vocamus, distinguit, illam c. l. *superiori*, hanc pag. 476. *inferiori* tribuit. Neque negandum praxin huc inclinare, ut Idem ex testimoniis *Saxoniae* inferioris, Beckius *de Cent. C.* XIX. *obs.* II. de *Franconia* testatur. Ignominiosam accipio, quae *infamantis* delicti sequela est, vel per *lictores* executioni datur, simplicem, quae absque tali *apparatu* in effectum deducitur. In academiis frequentissima est relegatio *simplex*, quae, nisi sub clausula *infamiae* decernatur, nil quidquam famae detrahit, licet pudorem sugillet. Unde senatus academicus, etsi sola *civili* jurisdictione investitus, eam recte decernit.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 67.

Erectio signorum executivorum jurisdictioni criminali connexa. Feudum furcale. Restauratio vel loci mutatio liberrima.

Has *naenias* hodie rident melioris notae JCti, et olim riserunt scabini Lipsienses, quia inde nullum nec *damnum*, nec *incommodum* vicinus sentit, ut ex Beati *sententiis observat* Fritsch *ad speidel* voce: *Gericht.* Et tamen ex observantia tenaciter id in *Franconia* adhuc observari, notat Kirchegesner *pag.* 27. *N.* II. Plane si verum *praejudicium* vicinis creatur, et signa executiva in tali loco aedificata, in quo ob copiam spectatorum *devastatio* fructuum vel segetum in agris vicinis metuenda, aliud dicendum. Coler *dec.* CXLIV. *N.* XXXI. Stephani ad *art.* CCXV. *in fin.* Licet enim Kressius reponat, quod per executiones *tempestive* susceptas tale quid evitetur, non tamen video, cur alteri per alterum iniqua conditio inferri debeat contra *l.* 74. *de R. J.* cum ipsum *solum* frequenti conculcatione rigidius reddatur, aratro fortius resistat. Alia quaestio est, cui *signorum* exstructio propria sit, maxime si jure *servitutis publicae* jurisdictio in alieno territorio exerceatur, ut in Franconia est frequentissimum? Recte pro domino *jurisdictionis* contra dominum *territorii* pronunciat Boeckelm. *de cent. M.* III. *Th.* XLV. quia nulla *innovatio* inducitur, sed per talem erectionem merum imperium, quo is in alieno territorio gaudet, denotatur, et furca tantum *signum* est, quod *signatum* repraesentat, Knipschild *de civit. imper. L.* II. *c.* XXIV. *N.* LXXXV. Multo magis hoc dicendum, si quis in Principis sui territorio jurisdictionem criminalem exercet, cui annexa est *erectio signorum*, etiamsi ejus in *litteris investiturae* nulla mentio facta. Quodsi ergo *nominatim* exprimitur, hoc ex abundanti et majoris certitudinis causa fit, quorsum refero chartarum clausulam *mit Stock und Galgen* apud Puffendorff. *c. l. pag.* 256. et Lunig *in Corp. jur. feud. Tom.* I. *pag.* 489, 535. 550. item *judicium*, *vinculum*, *patibulum*, apud de Ludewig. *Tom*, IV. *Reliq. pag.* 242

eoque casu si per modum *infeudationis* collatio facta, audit *das Lehn des Heuckerthums*. Minus dubii habet, quod domino jurisdictionis integrum sit *collapsa* aut vi fluminis *ablata* signa sine *nova* concessione *restaurandi*, aut *locum* aptiorem substituendi, imo in defectu loci commodi subditos *cogendi*, ad vendendum aptiorem justo pretio ob publicae utilitatis rationem, ADRIAN BEIER *de expens. crimin. N.* DCCLXXVIII.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 72.

Sumtus in erectionem signorum a judice, non subditis, ferendi.

Ratio *Glossatoris* parum stringit, et nimis e longinquo petita fortius concludit, quod cum judex *commodum* ex poenis et fructibus jurisdictionis habeat, merito *incommodum* subeat, qualiscunque demum a publica *utilitate* mutuatur praetextus contra subditos, vid. BEIER *c. l. N.* DCCLXXXIX. Defenditur haec thesis vulgo iisdem fere rationibus, quibus *inquisitionis* et *executionis* sumtus subinde in hos relegari solent, quae tamen extra *observantiam* parum stringunt ut infra *Qu.* XXXVIII. docebo.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 74.

Numellae quando ad jurisdictionem inferiorem pertineant?

Dubito, an cum Auctore defendi possit, quod ad *numellas* sistantur non nisi, qui tale crimen perpetraverunt, cujus sola *ad superius* judicium pertinet cognitio. Nam in iis factis, quae longiore inquisitione vix digna sunt, et sic sua natura ad judicium *inferius* pertinent, numellas passim decerni, in vulgus notum est. BECHM. *de jure numell.* §. VI. *seq.* Nisi forsan cum *palo infamante* conjunctae fuerint, cujus usus tantum est in *gravioribus* et *scandalosis* delictis. Praeterea hoc posteriori casu expositio publica poenae corporali non multo dissimilis est; contra *simplices* numellae cum hac nil prorsus commune habent. Recte LINCKIUS *de jurisdict. Vogteiae c.* IV. §. XVII. *Quamvis eamdem ad criminalem jurisdictionem referat Colerus, Part.* II. *Dec.* CCXL. *N.* I. *Contrarium tum vel maxime experientia docet, tum non solum in oppidis, sed et in pagis, ubi magistratibus Vogteia competit, ejusmodi numellas erectas videmus, ad quas delinquentes sistuntur.* Quid? quod hae non tam ad jurisdictionem, quam jus *cogendi* pertineant, et vi *dominicae potestatis* ab iis, quorum nulla prorsus est *jurisdictio*, contra contumaces in operis praestandis exerceantur, ceu usus forensis passim maxime in *West-*

phalia probat, ubi *nobilibus* nulla jurisdictio, jus numellarum vero competit.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 85.

Levatio cadaveris, judicis inferioris, penes quem reperitur, veniam non desiderat. Citatio subditorum ad custodiendos facinorosos cum requisitione judicis fit?

Utroque casu, hic, et *N.* LXXX. proposito judex *criminalis* non turbat alterum, qui criminalia non habet; non entis enim nullae qualitates. Beier *c. l. N.* DXVII. nec nisi *remote* ad cognitionem criminalem quid confert. Alia caussa est *citationis* subditorum ad *operas*, vel ad *custodiam*, etiam reorum delinquentium, quoties ad hanc obligantur, quae est actus *jurisdictionis civilis*, nec nisi *remote* ad cognitionem criminalem quid confert, qualis *irrequisito* altero valide non suscipitur Carpz. *L.* I. *Resp.* L. *N.* IX. Similis quaestio saepe movetur, quoties *cadaver occisi levandum*, inspiciendumve, quod multo minus veniam requirit alterius, cujus nullae partes in iis, quae ad corpus delicti eruendum pertinent. Puffendorf. *c. l. pag.* 582.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 93.

Notio vocis Gericht, Cent. Neutra olim bannum complexa. Etiam hodie alius cognoscit, alius poenam exequitur.

Haec sententia juri *Germanico* est convenientissima, secundum quod appellatio, *Gericht*, omnimodam jurisdictionem olim notavit, ut observavit Wesenbecius apud Schilt. *Ex.* VI. §. X. et quoties majores restrictam jurisdictionem designare voluerunt, semper ad praedicata, *altae*, vel *bassae* jurisdictionis, similiaque confugerunt. Accedit, quod criminalia *potiorem* partem jurisdictionis ab omni aevo constituerint, adeoque genio Germanorum nulla magis quam interpretatio Auctoris respondeat. De *Latio* quidem constat, *merum imperium* a jurisdictione separatum, et praeter hanc speciali lege concessum fuisse. Sed haec principia in Germania ad antiquas fabulas pertinent, nova prorsus jurisdictionis notione invecta, et secundum formulam imperii per omnia tempore propagata, Titius *jur. priv. L.* VIII. *C.* X. §. XXV. *L.* XI. *c.* IV. §. VII. Mev. IV. *Dec.* CCXC. Stryck. *de jurisd. circums. c.* III. *N.* XXIII. Contrariam sententiam late propugnare ausus est Knichen *de vest. pact.* P. II. *c.* I. *N.* LIV. notatus a Beiero *ad ff. h. t. de jurisdict. Pos.* XLIX. in not. De *centena* similia defendere vix ausim, eo, quod haec

appellatio sua natura mox latiorem, mox restrictiorem ambitum habet, et sic *ambigui* est significatus. Datur centena *limitata*, datur *illimitata*, ceu patet ex iis quae a *Fratre* proposita in *dissert. de cent. sublim.* Latior significatio occurrit in venditione oppidi *Ochsenfurth* a praesule *Herbipolitano* Mangoldo MCCXCV. inita, cujus tabulas refert Lunig *Cont.* II. *Specil. eccles. pag.* 1017. Verba sunt: *cum dicto oppido annexum fuit exercitium judicii temporalis, tam meri, quam mixti imperii quod centena vulgariter audit.* Regulariter tantum ad eam inferuntur delicta *quatuor* capitalia, de quibus paulo ante actum. Majora dubia occurrunt circa quaestionem an clausula: *Mit den Gerichten*, etiam facultatem cum apparatu poenas *exequendi* comprehendat? In utraque Saxonia res dubio caret, imprimis, si quis investitus *mit dem Hals-Gericht*, quae vox utramque cum cognitionem, tum executionem comprehendit. Et Puffendorff *c. l. pag.* 185. ex *Gandersheimensi historia diplomatica* refert, ipsos ministros Imperatoris legato Gandersheim. MDCLXXIX. respondisse: Jurisdictionem *altam, judicium sanguinis seu criminale, ac bannum idem esse.* An majorum eadem fuerit philosophia, subdubito. Certe Auctor *Act. Lindav. fol.* DCCCXXXIII. et Schilter *ad jus. allem feud. c.* XLII. §. XIII. pluribus testimoniis evicerunt, bannum sanguinis, *der Blutbann* solam *executionem* secundum usum loquendi notasse. Praeterea Auctor scripti *pro hered. allodial. Limpurg.* observat, comites jurisdictione criminali in certis pagis comitatus gaudentes, ob defectum exequendi facultatis, de investitura, *des Blutbannes* fuisse sollicitos, eamque a Ferdinando impetrasse. Clausulam concernentem exhibet Cl. Buder *de feud. jurisd. pag.* 9 Tum testimonium omni exceptioni majus litterae clientelares Friderici III. subministrant, quibus civitati *Noricae* judicium sanguinis confert apud Lunig *Reichs-Archiv Part. Spec. cent.* IV. *pag.* 153. *N.* LXXII. ubi notabilia sunt verba: *Wann aber die ehrsame Burgemeister und Rath der Stadt Nurrenberg etlichen Unter und Hals-Gericht ihnen unterworffen die des Pannes über das Blut zu richten an denselben Enden nothdürfftig sind. etc.* in quibus *dem Hals-Gericht* non tantum contradistinguitur *der Pann über Blut zu richten*, verum, dum deesse judicio bannum dicitur, ipso facto, quod judicium ambitu suo bannum haud comprehendat, asseritur. Distinctius utriusque potestatis vestigium varia loca exhibent, in quibus hodienum *alius* jurisdictionem criminalem, *alius* executionem poenarum criminalium habet, sic *Halae* Saxonum prior penes *Senatum* civitatis, posterior penes *Scabinos* est. Okel *de Palat. Reg. pag.* 154. in civitate Bremensi penes *Advocatum*, vide *Assert. Bremens. pag.* 696. In Wormatiensi penes *Episcopum*, Schanat *Hist. Worm. T.* II. *N.* CCCXXVI. De *Colonia Agrippina* aliisque locis similia exempla exhibet Knipschild *de civ. imper. L.* II. *C.* IV. *N.* XXXIII. Imo in *superiore* Germania pervulgata est sententia, solam clausulam: *Mit hohen und niedern Gerichten* in tabulis clientelaribus *executionem* non

comprehendere. Knichen *de vest. pact. P.* II. *C.* I. *N.* LXXIV. Unde in tanta notionis discrepantia, ex *moribus* regionum *diversarum* interpretationem unice hauriendam recte putat Puffendorff *c. l. pag.* 187.

OBSERVATIO XII.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 103.

Jurisdictionis exercitium judici solitarium, non cum superiore cumulativum. Caesaris nulla cognitio delictorum in statuum territoriis commissorum.

Qui contrarium tenent, concursu superioris, cum in *appellationis* instantia, tum in causis *denegatae justitiae*, decepti videntur. Unde tamen sola *subordinatio* jurisdictionis colligenda, non *cumulativum* jurisdictionis exercitium. Uti enim ex natura *infeudationis* in genere dominium *directum* solum penes largitorem manet, *utile* vero in Vasallum *solitarie* transit, ita quoque *jurisdictionis* feudali lege concessae, directum dominium sibi conservat *concedens*, utili vero se abdicat, in favorem *beneficiarii*. Perinde, ac in jure *venandi*, alioque, hoc modo concesso jure, contingit. Ne dicam subordinationem istam non a feudali concessione sed *superioritate territoriali* pendere, et sic recursum ad dominium territorii *qua talem*, non qua feudi dominum, patere, ut bene observat Schilter *c. l.* §. XII. Consentit Ziegler *de for. delinq.* §. VII. conficitur ergo, dominum *territorii*, cum cui concessa jurisdictio, in ejus *solitario* exercitio nullo modo impedire, nec *concurrentiam* in prima instantia sibi asserere, multo minus simultaneum ejus exercitium ita urgere posse, ut inferior nil quidquam sine eo decernat, vid. Berlich *dec.* CXX. Quodsi in genere verum, cur non idem inter *Caesarem* et *status*, quorum sua cuique solitaria est juris territorialis potestas, obtineret? In hunc modum recte argumentantur Hert. *de superiorit. territ. pag.* 338. et Rhetz *instit. jur. publ. pag.* 430. asseruntque, Caesarem in ordinum territoriis de crimine ibidem commisso, jus dicere non posse. Et tamen de eo quondam dubitatum, quoties crimen *falsae monetae* commissum. vid. Londorp. *Tit.* XV. *pag.* 206.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 12.

Competentia judicis domicilii ex jure germanico.

Hodie forum *domicilii* utique competens est, et juri germanico quidem convenienter. Scribit enim *Saxo L.* I. *Art.* LIX. *Allerley Klagen und Ungericht mag der Richter wohl richten binen sien Gericht*, et clarius adhuc mentem exprimit *L.* III. *Art.* XXV. *binen Marckt noch binen Uzwendigen Gericht er darf niemand antworten her en habe dar Wohnung oder Guth oder her verwürckt sich mit ungerichte darinnen.* Ex formula enim Latii id vix defendi potest, cui solum *deli-*

cti et deprehensionis forum notum est, ceu solide demonstravit a Cocceii *de fund. in terris protest. Tit.* III. §. VII. Variorum interpretum ea de re sententias collegit Mylius *de remiss. facinoros.* §. VII. *seqq.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 15.

Justitia fori delicti, sive reus confessus, sive non. Repetendum hoc forum ex necessitate legis, non quasi contractu. In delictis privatis cessat.

Forum hoc, dum nomen a *delicto* sortitur, de eo loco capiendum est, in quo *actio vitiosa* admissa. Unde in causa *stupri* locus celebrati *coitus* forum praesens constituit, jusque admodum *singulare est*, quod locus *editi partus* in terris *Luneburgicis* huc trahatur, teste Puffendorf. *c. l. pag.* 105. Illud parum refert, num reus delictum a se commissum fassus fuerit, nec ne, modo de *delicto* in se constet. Nam confessio non exigitur propter forum, sed hoc ad illam extorquendam inventum. Diversa est ratio, si reus *factum* fatetur, sed *illicitum* fuisse negat, ubi quaestio *praejudicialis* in eo foro fieri debet, ad quod quaestio *civilis* illius causae de jure pertinet, Leyser *Sp.* LXXIV. *M.* II. Interim ratio hujus juris quod forum *delicti* fundat manifesta est. Nullibi enim magis opus, quod in poenis quaeritur, exemplo, quam in loco admissi criminis, observante Callistrato *C.* 28. §. 15. *de poen. ut alii deterreantur, ne simile quid perpetrent.* Accedit, ex indole territoriorum hodierna, necessitas, leges territorii, quamdiu quis ibi commoratur, servandi, cujus comes indivulsus est *cognitio* de iis, quae contra istas leges admissa. Unde parum ad rem facit sententia eorum, qui ex *quasi contractu*, et ultronea subjectione id jus repetunt, in qua haeresi esse observo Ziglerum *de for. deleg. C.* VIII. Qui delinquunt plerumque affectibus trahuntur, qui *ratiocinationem* et subactum judicium de delictorum consequentiis, iisque quae alias his connexa, impediunt, ut ne quidem ea de re cogitare, nedum decernere quid delinquentes dixeris. Quo posito hoc fundamentum praesumtae subjectionis ad modum claudicat, et fac, eos reapse *decernere*, illud decretum tamen nullius efficaciae erit, quum, etsi contrarium decrevissent, nihilominus jurisdictionem agnoscere tenerentur. Absurdum enim est, ad *consensum* et arbitrium recurrere ubi quis velit, nolit, ad quid adstringitur, libertatique volendi destituitur, aut, quod perinde est, *obligationem*, quam immediate lex producit, a *consensu* repetere. Neque moveor ratione dubitandi Willenberg. *C.* I. §. IV. quod si ex re, vel maleficio obligatio oriretur, etiam *furiosum* stringeret. Quomodo enim maleficium fingi potest in *furioso* ad delinquendum inepto? Si cogitasset auctor non omnem obligationem ex consensu, sed etiam ex lege oriri, hanc vero, posito delicto, personas *doli* capaces supponere, aliter sensisset. Quandoquidem vero lex necessitatem illam unice ob salutem et securitatem publicam imponit,

non aliter quoque usum habet, quam in delictis *publicis* h. e. quorum vindicta est publica. *Privatorum* delictorum diversa ratio est, adeoque actio *injuriarum* aestimatoria, quae ad solam *civilem* persecutionem pertinet, non in loco, ubi injurians verba evomuit, sed in foro *domicilii* instituenda. Carpz. *Lib.* II. *Res.* XXVI. nisi qualitas injuriarum inquisitorium processum probet, et vindicta *publica* expetatur.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 24.

Commissio et inchoatio delicti ex l. 1. C. ubi de crim. secundum varias Dd. sententias exponitur.

In cassum laborant, qui *interpretes* legis cit. esse volunt, in qua omnis interpretatio officium perdit. Verba sunt, praetereaque nihil, quae de *inchoato delicto* ibidem proferuntur, nec sano sensu applicari possunt, quomodocunque demum accipiantur. Quaestio praejudicialis est, utrum inchoatio in delicto, a consummatione distincte separari, et utraque circa idem delictum diverso loco consistere possit? Auctor ipse de casu *dubili* inchoati, sed non consummati delicti subdubitavit, nec ego speciem convenientem mihi concipere possum, qua delictum aliquod, sine *consummatione*, sola inchoatione absolveretur. Committitur delictum uno actu, eoque *individuo*, qui dum inchoatur, simul consummatur, et sic utrumque nec separari, nec diverso loco fieri potest. Aut enim inchoatio delicti de ejus *praeparatoriis* accipitur, aut de actu *delicti*, quatenus in terminis solius agentis subsistit. Illo casu, etsi praeparatoria, in se vitiosa sunt, non tamen delictum, quod intendebatur, constituunt, multo minus ejus inchoationem continent. Qui gladium conducit, inimicum expectat, vitiose agit, sed *homicidium* non inchoat; quod ante ictum secutum non existit, non entis autem nulla sunt praedicata. Hoc casu omnium minime recte dicitur delictum intentum esse *inchoatum*, sed delictum demum emergit, si vitiosa actio cum *patientis receptione* coalescit. Oportet enim utramque conjungi, non quamlibet tanquam partem essentialem delicti separari. Hoc si ad exemplum Auctoris traxeris, apparet inconvenientia, qua explosionem *sclopeti*, velut *distinctam*, ab insequente *trajectione* globuli igniti perhibet, et in utraque distinctos unius homicidii actus agnoscit. Quod simul at semel vel *uno momento* fit, non est distinctum, et proprie *successivum*, sed unum, alioquin directio gladii ad pectus, et sequuta penetratio ejus per corpus ad intestina alterius, non uno actu homicidii, sed diversis actibus, quorum prior inchoationem, posterior consummationem contineret, consisterent, quod absurdum. Inde vero efficitur, competentiam fori in subjecta ab Auctore specie, qua Titius hic stans, alibi stantem globulo trajicit, nec ad *alterutrum* locum tantum referri, nec delictum in uno *inchoatum*, in altero *consummatum* statui posse, sed dicendum, actum homicidii in *utrumque* locum incidere, adeoque utrumque locum *forum delicti* esse, quia

trajectio cum prostratione *individuo* nexu cohaeret, et utraque conjunctim, non quaelibet separatim necem alterius comprehendit. Neque obstat, quod vulgo asseritur, delictum ex persona *delinquente* aestimari, adeoque eum locum, ubi reus stetit, praeferri. Nam hic non de persona quae del quit, sed de *loco* delicti litigatur, et alia quaestio est, an delictum *personam* egrediatur, et alia, an ab illa persona in uno, an *utroque* loco commissum sit? pro posteriori ex natura actus individui, quem exoneratio sclopeti in alterum continet, utique pronuntiandum. Aliter 1) exposuit inchoatum delictum Beyer *de Expens. crim.* CVII. *N.* CCXXIX. et applicavit ad actus *tractum* temporis requirentes, veluti colluctationem alicubi coeptam, sed ad alium quoque locum protractum, vel rixas altercationes ironicas hic excitatas: alibi in verbera exeuntes. Ab his parum differt 2) species ab Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* XIII. *C.* V. *N.* VIII. et Brunnemanno *de Process. inquisit. C.* III. *N.* XVIII. proposita de homicidio, hic mandato, alibi perfecto. Nam ne sic quidem de sola inchoatione satis constat, sed utrobique occurrit delictum, quoad essentialia, et integrantia perfectum, quum aliud sit delictum *tantum* inchoatum et aliud *in se* perfectum, quod exit in *novum*, simile, vel majus, quorsum exempla relata refero. Rectius ergo hic utrobique forum *perfecti* delicti est, et unus judex non magis habilis erit, quam alter, ad jurisdictionem fundandam. Longe minus 3) audiendi sunt, qui *abductionem* puellae alicubi factam, alibi insequente *stupro* consummatam; *contrectationem* hic susceptam, illic cum *translatione* rei in custodiam conjunctam, legis speciem esse somniant. Hi enim separanda, et ad naturam, consummationemque pertinentia temere ac contra leges conjungunt. Quasi vero ad raptum *concubitus*, ad furtum *repositio* ad locum destinatum pertineret? Quasi abductio puellae, vel rei contrectatio inchoationem notaret, nec utrinque delictum sola abductione, aut contrectatione perficeretur? Dicendum itaque locum abductionis et contrectationis forum delicti tantum fundare. Non melioris notae 4) est casus, quoties quis cum telo alicubi obambulat, nondum tamen einde peccavit, quem pro definienda inchoatione substituit Zigler *de for. del.* §. X. quandoquidem ex lege Cornelia is conatus pro *effectu*, *et consummato* homicidio habebatur, et sic effectu inspecto hic concurrebat locus non *inchoati*, sed *consummati* homicidii. Hodie vero, etsi pro homicidio non habeatur ista deambulatio, habetur tamen pro delicto *extraordinario*, in se consummato, et hoc respectu forum fundat.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 38.

Ob homicidium in confinio commissum communis utriusque judicis cognitio, neutrius praeventio. An sors locum habeat? Judicium mixtum.

Sunt qui *occupationis* praerogativam defendunt, et sic *praeventioni* locum dant, ne, dum mutuo se praestolantur, reus interim elabatur. Multum aequitatis huic sententiae cohaerere, non nego. Imprimis ob *moras*, diversa judicum studia, et alia *incommoda*, quae foro *mixto* propria, et nocenti magis, quam publico proficua sunt. Qua de causa passim in legibus Provincialibus praeventio probata, veluti *Ord. Crim. Boruss. Cap.* III. §. V. Verum si de *jure*, eoque communi respondendum, vix est ut ea locum inveniat. Non enim aliter admitti potest, quam quatenus de competentia judicis in *genere* quidem constat, sed in hypothesi *paria* utrinque jura concurrunt ut ecce: si unus ob domicilium, alter autem ob delictum apud se admissum, vel arrestum legitimare se possit, quum extra haec fora nullum a legibus moribusque agnitum sit, praeventio vero semper requirat alterius fori certitudinem. In praesenti vero uterque judex *ejusdem fori delicti* solitariam praerogativam praetendit, nec tamen alteruter assertionem suam ita fundare aut impedire potest, quo minus alter eodem jure excipiat: *penes se, non adversarium, forum delicti fuisse.* Sequitur ergo, ut ob incertitudinem praeventio cesset, et *communi* potius nomine, constituto judicio *mixto*, citatio cum reliquis actibus suscipienda sit. Cocceji *c. l. Tit.* IV. *C.* XX. Nonnunquam videndum, an non *sorte* lis componi queat? quae est sententia Limnaei *J. P. Lib.* IV. *C.* VIII. *N.* CLXXXIX. non adeo improbanda inter *volentes*, difficilius admittenda inter *invitos*, quum sufficiat, quod caussa, quoties neuter cedere vult, mediante foro *mixto* exitum habere possit, sors *divinatoria* autem mere *subsidiaria* sit. Quod si hoc casu in uno loco *accusatorius*, in altero *inquisitorius* processus receptus, vel de *loco*, inquisitionis caussa coeundi, et *executionis* suscipiendae, lis emergit, *pacto*, aut *sorte* suffragante, cui ex duobus magistratibus magis favendum, definiri debet, Willenb. *c. l. C.* III. §. X. Sine his mediis enim nullus adest exitus. Interim plerumque sententia *communi nomine* concipitur, *utraque judice praesente* executioni datur, litterisque *reversalibus* cavendum, ne, quod in praesenti pacto conventum, vel sorte definitum, alterius praejudicio in posterum sit futurum, Stryck *de jur. sens. dec.* I. *C.* I. *N.* XVII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 44.

Cognitio delictorum in via regia commissorum principi territorii propria. Aliquando jure conductus in alterius territorio competit.

Sola denominatio *viae regiae* singularem huic inesse conditionem arguit, qualitatem *regalem* vero, via ista a *tutela*, ad quam principes ob commerciorum libertatem et publicam *securitatem* personis procurandam obstricti, consequitur. Rationes a natura rei petitas obfirmant varia testimonia apud Zigl. *de jur. maj. Lib.* II. *Cap.* XVII. §. XXX. Froelich. *de regal. viar. publ. jur.* secundum quae via publica in Germania semper in censu *regalium* habita. Quid ergo mirum, quod ei, qui jurisdictione praeditus tametsi haec ad castrum, districtum, territorium extensa, non subesse visa via regia sed *propria* ejus ubivis composita fuerit jurisdictio. Cujus rei testimonium omni exceptione majus perhibent veterum Germaniae judiciorum res judicatae, quas eam in rem exhibet Puffendorf *c. l.* §. XXX. *in f.* in eo convenientes, quod delictorum ibidem commissorum, cognitio, a *communi* jurisdictione sit separanda. Viam *publicam* accipio pro ea, quae *extra pagum*, vel civitatem est, quaeque simul ac quis pagum ingreditur, *regalis* esse desinit, et in civitate, vel pago *ordinario* loci magistratui subest, Zang. *de except. P.* II. *C.* I. *N.* CCXLII. Eadem principia in hunc usque diem extra Saxoniam observari, testis, est Schilter. *Ex.* XLVII. *Th.* XLIII. praeterquam si quis *jure conductus* in alterius territorio fruitur, et delictum a conducendis, vel in conducendos, eorumque bona, in *via publica* committitur, cujus cognitionem is sibi optimo jure asserit, excluso *territorii* Domino, nisi per *observantiam*, vel *conventionem* aliud provisum Knipsch. *de civ. imper. Lib.* V. *C.* XXVII. *N.* XX. Engelbr. *de Servitut. jur. publ. S.* II. *M.* III. §. XIX. Quum enim ex indole conductus non modo contra vim, et laesiones *conducendorum* alios quoscunque securos reddere, verum etiam eamdem *securitatem* his, quos, quorumve bona conducunt, procurare teneantur, non possunt non mediis huic fini proficuis uti, in quorum censu est criminum ibi commissorum cognitio et punitio. Ita optimo jure decisum favore *Electoris Palatini* in laudo *Heilbronensi* famoso de Anno. MDCLXVII. quod exhibet Londorp. *Contin. act. publ. T.* IX. *Lib.* X. *Cap.* XXVI. *p.* 486. Uti vero haec cognitio in solo jure *conductus* fundamentum habet; ita ad ea tantum delicta, quae in *actu*, et *tempore* conductus commissa, restringenda, non vero ad ea extendenda, quae vel *extra actum* conductus, Zigl. *de for. del.* §. XII. vel in *aliis* viis, per quas jus conductus haud competit, perpetrata.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 47.

Judex delicti quatenus contra absentes procedat? Qualis ei competat requisitio?

Eadem philosophia haesit majoribus, ut discimus ex *J. P. S. Lib.* II. *Art.* LXXII. *ubi* persecutio fugitivorum cum *clamore* in alieno districtu in delictis *manifestis* permissa, ad hunc effectum, ut decreto *banno*, si ratio majoris criminis id ferebat, regione reum interdicerent. Nec aliter hodie judicamus; etiam in iis locis, ubi processus *banni* non est in usu, ut sine fundamento Mev. *ad jus. Lub. P.* IV. *Tit.* IV. *Art.* XV. *addit.* I. et Beyerus *ad ff.de jud.Posit.C.*V. forum delicti non aliter, quam si reus ibi *reperiatur*, fundari asserant. Suggerunt mores hodierni facultatem *requirendi* reum, copiam sui non facientem, a judice prehendente, ut eum *sistat*, vel si judex delicti malit, ut sententiam latam *exequatur.* Quid si utrumque renuit? *Improbe*, ait Leys. *Sp.* LXXIV. *M.* IV. *facit, attamen judici delicti jurisdictionem suam defendendi, jus non adimit;* unde, ne judicium elusorium fiat in delictis, quorum vindictam etiam *absentes* experiuntur, sub poena confessi reos citare, et tandem in *contumaciam* sententiam ferre potest. In aliis, quae *capitales et corporis afflictivas* poenas, absentibus non applicandas, producunt, in sola *annotatione* bonorum, secundum *Art.* CCVI. *C. C. C.* acquiescere debet, ut *Qu.* CXI. docebitur. Eadem repetita sunto, quoties judex domicilii, reo in fuga constituto, procedit, quum utriusque aequale contra reos praesentes, et absentes, jus, et sic idem prorsus juris exercitium sit. Willenb. *c. l. C.* II. §. XXIX. Mev. *ad jus. Lub. Lib.* IV. *Tit.* IV. *A.* XV. *addit.* I.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 56.

Remissio delinquentium hodie arbitraria. Jus Latii Germaniae non respondet. Invitus remittitur, nec cogit judicem ut se remittat.

Qui hodienum in propugnanda *remissionis* necessitate chartam consumunt, rationibus juris parum juvantur, sed solis regulis *consilii*, quas cum illis confundunt, in quorum numerum colloco Fachinaeum *Lib.* XI. *C.* XXIII. et Leys. *Sp.* LXXIV. *M.* VI. Nostrae reipublicae forma prorsus non fert, ut quod in *Latio* obtinuit, ad totam *Germaniam* applicetur. Quidquid jus romanum de reis *alibi* delinquentibus, *alibi* deprehensis narrat, ad delicta *extra provinciam*, sub *eodem* tamen imperante admissa pertinet, et magistratus, a nutu *ejusdem* superioris pendentes, supponit. Germania e contra ex *territoriis diversis* coalescit, quorum singula proprium rectorem habent, omnia conjunctim *uni capiti*, non tamen *absolute* subsunt. Quot territoria tot leges, tot diversae judiciorum rationes. Neutrius

jurisdictio per alterum ullo modo potest minui aut restringi, sed quilibet judex *suo jure* agit, quae communis utilitatis ac salutis sunt. Discrepantia itaque utriusque status publici est tanta, ut, qui cum Leysero usum juris romani hac in re extollunt, remissionisque necessitatem extra territorium, quasi ex pulvere revocant, actum agant. Ipsa caussa *territorialis*, quae hic incidit, vere *publica est*, in qua jus reddi nequit ex legibus peregrinis, *privatorum* caussa tantum conscriptis. Praeterea de delictis *extra territorium* jus romanum prorsus non disponit, sed tantum de delictis *extra provinciam* admissis. Ab his vero ad illa ob manifestam *diversitatis* rationem concludere, fas non est. Rauchbar *P.* I. *Qu.* *L.* *N.* XXIV. Si quandoque hodie fit remissio, est mere *ultronea*, ac *precaria*, a solo remittentis arbitrio dependens, nulli omnino juri perfecto subjecta. Arbitrariam voco, respectu judicis, sub cujus custodia est reus. Cave ergo, ne id arbitrium ad ipsum *reum* referas. Is enim invitus remittitur, eamque exhibitionem non magis declinare Horn. *Cl.* XV. *N.* LXXV. quam opposita exceptione *litis pendentiae* urgere potest, ut ad locum delicti, unde evasit, remittatur, Leyser *c.* *Sp.* DLVI. *M.* IX.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 58.

Utilitas reversalium. Aliquando remissio sine iis recte petitur.

Utilitas harum litterarum reversalium est, ne actus remissionis remittenti in posterum ullo modo praejudicet, et in argumentum juris *perfecti*, casu simili emergente, ab urgente trahi queat. Cessat itaque, quotiescunque remissio ex jure *perfecto* fit, sive ob *pactum*, sive ob *privilegium fori*, quo reus gaudet, quia hac remissione judex deprehendens sibi non praejudicat, Gaertner *de exhibit. reor. secund. jus. Lusat.* §. VIII. quamvis, quum forum privilegiatum judices *diversi* territorii non stringat, Willenb. *c.* I. *c.* II. §. XII. quoad hos omnino opus sit antigrapho.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 62.

Remissiones inter judices ejusdem territorii voluntatis in dubio, nisi a principe imperata sit. Nec judices jurisdictionis patrimonialis meliore jure fruuntur.

Hoc ad mores *Saxoniae* pertinet. Ab his si abstraxeris, quaestio, utrum remissio inter judices ejusdem territorii *necessitatis*, an *voluntatis* sit, non omni dubio caret. Posterius

aserit Zigl. *de remiss. delinq.* §. XXVII. si requirens est *inferior*, deprehendens *superior.* Quid vero si *ejusdem* fuerint ordinis? Etiam hoc casu obligationem praecisam remissionis cessare asserunt Richt. *dec.* XV. Beyer. *ad ff. de custod. reor. Posit.* V. Contrarium defendit Leys. *Sp.* LXXIV. *Med.* VII. cui omnino hoc suffragatur, quod hic rationes juris *romani*, remissionis *necessitatem* fundantes, concurrant, hoc autem, quatenus formulae territoriorum non repugnat, tanquam receptam, merito praevaleat, praeterea momenta antea a *territoriorum* diversitate petita, huc non quadrent. Fateor, has rationes satis speciosas esse, neque tamen dissimulare possum, *observantiam* Germaniae, quae pro libertate remissionis pugnat, teste Martino *in proc. Tit.* XI. §. II. *N.* CLXXXVII. institutis Germaniae magis convenire. Majores certe non magis subditum ex aliena jurisdictione *avocare* permiserunt, quam extraneo reum ad forum delicti remittere, *obligationem* imposuerunt, et sic avocationes et remissiones ignotae. Praeterea remissionis *libertas* non unice a diversorum *territoriorum* indole, sed maximam partem ab introducto foro *deprehensionis* pendet, quod, quo minus vim suam in cognitione exereret, quum *aliae* jurisdictiones impedire non potuerint, omnium minime remoram injicere possunt, in *libertate* remissionis, cum jure deprehensionis connexa, et statui Germaniae convenientissima, licet uterque judex delicti, et deprehensionis, sub *eodem* principe fuerit. Denique auctoritas juris romani est mere *subsidiaria*, cujus nullus usus, quoties rationes Germaniae *peculiares* aliud suggerunt. Facilius in sententiam Strycku *U. M. tit. de jud.* §. XXVII. et Puffendorfii *proc. crim. C.* V. §. VI. transirem, qui, *auctoritate superioris* remissionem ad forum delicti injungi posse, statuunt. Quum enim communis imperans administrationem justitiae legibus in genere circumscribere possit, quidni eidem libertatem remissionis restringere, aut lege *provinciali*, vel *speciali mandato* integrum foret? Aliud ergo, quid in *dubio* inter judices ejusdem provinciae justum? aliud, quid *jussu* superioris concurrente agere fas sit? Hoc posteriori cessante, ex principiis indiciis Germaniae *communibus* jus reddendum, quae, quamdiu non correcta vel restricta, quominus illibata maneant, quid vetat? Et de jurisdictione *personali* facile mecum transigent, quibus alioquin *voluntaria* remissio in mente haeret. Magis de *patrimoniali* ambigunt, nec dominos praediorum, ad dedendum captivum, his legibus stringi posse, docent Stryck. *U. M. tit. de Jud.* §. XXVII. Puffend. *proc. crim. C.* V. §. VI. eo quod haec jurisdictio sit *liberior*, et jure *proprietatis* exerceatur. Ego vero, cur haec excipienda, non video. Modus habendi potestatem judicandi enim in *justitiae* exercitium non influit, tantum abest, ut hoc alterare possit, cum intuitu ejus omnis jurisdictio, etiam patrimonialis cum personali ad *easdem leges* adstringatur, et illa sola *transmissione* ad successores *singulares* ab hac differat. Utraque eodem modo *legislatoriae* potestati subordinatur, adeoque quidquid transmissionem non concernit, cum personali ex formula territorii com-

mune habet. Si nobiles propter *proprietatis* rationes peculiares declinare remissionem possent, nulla caussa foret, cur non ex iisdem fundamentis, reum penes se delinquentem, alibi deprehensum, jure *perfecto* revocare, et hoc postulatum praerogativa *patrimonialis* jurisdictionis contra alium judicem se defendere possent, quod tamen iis vix indulgendum. Neque natales jurisdictionis patrimonialis, quos Germania subministrat, impediunt, quo minus legislatoriae potestati in iis, quae communis salutis caussa statuuntur, subsit. Ipsa *justitiae* administratio in Germania *communes* habet regulas, qualiscunque fuerit jurisdictio, realis, personalis, domestica, nec ex jure germanico evinci potest, praediatoriam jurisdictionem olim in patria circa *remissionem* jure singulari donatam fuisse. Unde potius concludo, legem remissionis *omnes*, etiam judices *patrimoniales* obligare, nec eorum meliorem esse conditionem in declinanda ordinatione superioris.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 63.

Remissio necessitatis ob litis pendentiam inter judices ejusdem territorii. Haec inducitur quacunque citatione, non inquisitione generali, sectione cadaveris, salvo conductu, aut rerum pignoratione. Deprehendens ad remissionem obligatur ex pacto, observantia, praescriptione. Quid si confrontationis caussa urgetur?

Negat hoc Mevius *P.* IV. *Tit.* IV. *Art.* XV. *N.* VIII. asserens remissionis necessitatem exulare, nec deprehendentem aliter teneri, in suo districtu sententiam latam sine novo processu exequi, quam ad litteras subsidiales. Ejusdem sententiae est Beyer. *ad ff. tit. de custod. reor. Posit.* IX. et Carpzovii tradita ad judices *ejusdem* territorii restringit. Si judices sunt *diversi* territorii, res clara, quia par in parem non habet remissionis imperium, sed quidquid ab uno ultro suscipitur, ex mera *civilitate* fieri intelligitur, ut Granz. *de def. reor. c.* V. *M.* II. *S.* II. *Art.* II. *N.* LXXI. concludit, et paulo ante evictum. Licet non negem, eam sententiam, si caussa jam coepta, ventilata, aut ad finem perducta, *communi utilitati*, quae *litis pendentiam* etiam inter hos judices servare jubet, manifeste refragari. Sin ejusdem territorii, aequum est, ut ob *litis pendentiam* remissio abscisse fiat, et judicii non tantum *finiti*, sed *coepti*

ratio habeatur. Nil enim causa est, cur, quum litis pendentia in civilibus obtineat, *l.*7.et 30. *de jurisdict.* in criminalibus exulare debeat. Fatentur justitiam inter cordatiores Wernherus *P.* VI. *Obs.* CVIII. Zigl. *de remiss. delinq. inq.* §. XXV: XXX. Stryck. *U. M. tit. de judic.* §. XXVII. et ea quae de voluntaria remissione circumferuntur, ad casum, ubi res *integra* est, pertinere, contra re non amplius integra, ob *praeventionem*, juris *perfecti* esse remissionem ad forum litis pendentis, tradunt. In applicatione tamen ubi quaeritur, *quamdiu* res integra sit, vel *quando* talis esse desinat, non aeque conspirant Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* XIII. *c.* V. *N.* VII. Berg. *Oecon. jur. p.* 933. Willenb. *C.* I. *C.* II. §. XXV. soli *prehensioni*, tanquam citationi *reali*, hunc effectum tribuit, sed parum accurate, cum haec sola causis criminalibus non sit propria, sed rei aeque in *scriptis*, vel *edicto* citari possint; praeterea effugium Willenbergii, quod *simplex* citatio contra absentem, nullum *effectum* sit habitura, contra evidentiam veritatis allegetur, ut *Obs.* VI. ostensum. Rectius *citationem* generatim, quomodocunque *insinuatam*, huc trahunt Wernherus *c. l.* Harpr. *Cons.* XLIX. *N.* LV. LXXIV. Licet res tanto minus dubio careat, si reus carcere effracto aufugit, inquisitionemque coeptam clusoriam reddere intendit. Quid? quod *verbalis* cum prehensione pari passu ambulet, eodemque modo praeventionem inducat, adeo, ut si unus prius *litteris* citavit, alius *apprehendit*, *ejus*, non *hujus* causa potior sit, Froel. *P.* I. *pag.* 44. secus ac visum Puffendorfio *in proc. crim. C. V.* § *III.* Aliud de *generali* inquisitione dicendum, quae non tam judicium coeptum arguit, quam futurum *praeparat*, quamdiu nec de reali, nec verbali rei citatione constat. Par ratio est concessi *salvi* conductus. Vid. infra *Q.* CXII *N.* LV. Eoque *sectionem* cadaveris, vel examen rei *summarium* refero, per quod nec is nomen *inquisiti* sortitur, nec proprie *inquisitio* inchoatur, sed ex responsione rei exquiritur, utrum se ullo modo *futurae* inquisitionis causa suspectum faciat, maxime si tanquam *testis* de delicto, ejusque circumstantiis cum aliis *mixtim* examinatur. Singularis utique est doctrina Leyseri *Sp.* LXIV. *Med.* VIII. existimantis, etiam *pignorationem rerum* ad fugitivum pertinentium citra *personae* apprehensionem, ejus esse efficaciae, ut deprehensionis judicem ad *remissionem* cogat, tum quod ita *realiter* magistratui jam obligatus esse incipiat, *Er hat sich ding pfluehtig gemacht*, tum quod pignoratio sit species *arresti*, ut delinquens judicium subterfugere nequeat. Enim vero mores praeter *domicilium*, locum *delicti* et *deprehensionis*, aliud forum in criminalibus non agnoscunt, praesens vero ad neutrum horum, ne quidem *deprehensionis* referri potest, quod sola *captura personae* absolvitur, ut lippis tonsoribusque notum est. Neque assertio, *er*, *habe sich ding pfluchtig gemacht* sufficit, ad forum fundandum, quum alias, qui solo *pacto*, vel *cautione* de judicio sisti jurisdictionem alicujus agnovit, a deprehendente remittendus esset, quod tamen recte negat Gaertner *de exhib. reor.* §. XI. quia talis sim-

plex subjectio deprehendenti praejudicare, aut *communes* circa competentiam in criminalibus regulas turbare nequit. Tum pignoratio vel arrestum nullum aliud, quam *rei sitae* forum fundat, quod in caussis *civilibus*, ubi contra *possessorem* agitur, insignem, in criminalibus nullam utilitatem habet. Si haberet, nulla ratio superesset, cur non *annotatio* bonorum sola ejusdem efficaciae foret, quae arresto non multo dissimilis est, per se rei personam judici nec subjicit, nec praeventionis praerogativam producit. Hactenus de *praeventione* ad remissionem exigendam proficua. Non minoris efficaciae est *pactum*, quo se vicini obligarunt ad edendos facinorosos. Plerumque in favorem fori *delicti* commissi, rarius *domicilii* tale initur. Potest tamen judex domicilii sibi idem stipulari a vicinis, ubi videndum, quid actum, pactoque comprehensum fuerit, ut nuper respondimus, quum deprehendens ejusmodi pactum ad casum delicti in domicilio commissi, sophistica interpretatione restringere, et adulterum judici domicilii, ideo quod *foras* concubuisset, dedere detrectabat. Nec aliud de *praescriptione* dicendum, quatenus post *contradictionem* et *acquiescientiam* legitimum tempus effluxit, cui *possessio* juris *bannarii*, prout ad omnia, vel certa delictorum genera pertinuit, legem dat. Harpr. *Cons.* XLIX. *N.* IX. Par ratio est *observantiae* alicubi per actus aptos invectae, quae omnino vim *legis* habet. Alicubi lege *expressa* judices ad remissionem, judici delicti faciendam, obligantur, ut de *Lusatia superiori* docuit *Ill.* Gaertner *de exhibit. reor. secundum jus. Lusat. superior.* De terris *Bruswico Luneburgicis* ratione delictorum leviorum Puffend. *introd. in proc. crim. Cap.* V. §. IV. Nominatim, utrum *confrontationis* necessitas ejusdem delicti sociorum, a *diversis judicibus* incarceratorum, ad remittendos socios vicinum obliget, quaerit Stryck. *U. M. c. l.* et pro *negativa* respondet, quam admitto, si de *plenaria* deditione socii litigatur, sin solius *confrontationis* causa urgetur, aliud dicendum, quia ipsa confrontatio, absque violatione *communium* justitiae regularum impediri nequit, quamvis de *modo*, mediante quo ea in actum deducatur, pacto conveniendum sit, Froelich. *P.* I. *pag.* 38. Unde aut requisitus captivum suum requirenti ad confrontationem *ultro* offerre et sistere tenetur, aut de reis utrinque ad locum *confinem* conducendis, ibique committendis transigendum est. Qua in re per se necesse est, ut, quia confrontatio tantum urgente *necessitate* suscipi debet, sufficientes *causae* quoque litteris *requisitoriis* inferendae sint.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 66.

In delictis privatis remissio exul.

Speciatim in delictis *privatis* solius laesi vindictae privatae subjectis, quia communis utilitatis ratio, quae tria fora supra dicta sustinet, cessat, remissio quoque per se exulat, sed quisque sequi tenetur forum rei,

Mev. *ad jus. Lub. C.* I. *addit.* II. *in f.* Vide supra *Obs.* II. *in f.*

OBSERVATIO XII.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 68.

Conditiones litteris requisitorialibus inferendae.

Interea, quae *modum* remittendi reum concernunt, non ultimum meretur locum, quod requirens de verisimilibus *indiciis* delicti a reo commissi sollicitus esse, eaque alteri, a quo remissio urgetur, *communicare* teneatur. Neque enim hic vices nudi *executoris* sustinet, sed quidquid per exhibitionem rei agit, ad communicationem mutuae operae in procuranda justitia, et communi utilitate pertinet. Quem in finem opus est, ut, quod omnibus *requisitionibus* proprium, 1) de *jure suo*, et fundata jurisdictione forensem persuadeat 2) argumenta reum *gravantia* litteris inserat, Kays. *Pr. crim. p.* 96. §. XXIII. Froel. *ad C. C. C. P.* I. *pag.* 35. *Ill.* Gaertner *C.* I. §. XIV. ne per nimis festinatam deditionem urbanitas ipsi noceat. Vocatur ita, demonstrata suspicio, *die schupmastigkeit*, et ipsa remissio *der schub* in comitatu *Tyrolensi*, Froelich *cit. loc.*

OBSERVATIO XIII.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 71.

Justitia fori deprehensionis ex jure Romano et Germanico. Non impeditur per jus de non evocando. Bulla Brabantina.

Etiam circa hocce forum, si jus *romanum* spectes, variae inter doctores sunt lites. Principio id cum *remissionis* necessitate pugnare, non sine colore tradunt, cui tamen recte reponitur, remissionem ad *desiderium* et *postulationem* fieri, *l.* 7. *de cust. de reor. Nov.* CXXXIV. hanc ipsam vero arguere, deprehendentem tunc fundatam caussam habere, si ab eo remissio non fuerit postulata. Tum jus romanum, secundum quod ad delicta *intra fines* admissa adstringitur meri imperii concessio, in partes vocant, non attendentes utilitatem publicam, quae in coercendis criminibus se primario exerit, facile in Latio temperare potuisse sanctiones romanorum de *mero imperio* speciales, adeoque cum his non absolute pugnare paratam ubique locorum vindictam. Donell. *Lib.* XVII. *C.* XVI. quocunque demum modo de sententia juris romani disputent. Mihi in praesenti sufficit, in *Germania* competentiam hujus fori esse extra omnem dubitationis aleam positam, pro ejus *justitia* vero, post habito etiam jure romano rationes praegnantes militare, sive forum extra territorium, in quo delictum commissum, sive in eodem occupatum fuerit, quas

nexus territoriorum intimus,et cum eo conjuncta communis utilitatis ac securitatis ratio sustinent, jubentque, ut facinorosi *ubique* locorum in vincula conjecti, judicium pati teneantur. Is enim est *finis* omnibus territoriis,ac judiciis Germaniae *communis*, quem promovere singuli terrae domini possunt, ac tenentur. Suggerit illum formula imperii, ipsa territoria vero inque iis constituta judicia ansam praebent, eum ubique locorum libero *exercitio jurisdictionis* obtinendi. Hunc ergo, qui promovent, statui Germaniae convenienter agunt, suoque jure contra eos, quos criminis caussa carceribus mancipant, procedunt, nullo impedimento, ne quidem ab ipso *Caesare*, iis injecto, ut non inepte ex *cap. Novissim. Art.* XVIII. §. IV. colligitur. Prohibent quidem leges imperii *pignorationes*, ac detentiones civium alienorum, illud interdictum autem non eo usque extendunt, ut maleficis praesidio sit, quin potius diserte excipiunt causas *criminales*, *allein malefiz Sachen ausgenommen. Ord. cam. P.* II. *Tit.* XXI. hisque verbis forum *deprehensionis* satis clare probant. Hoc amplius, ne tum quidem judici deprehensionis quidquam decedit, quoties vinculis constrictus ejus civitatis, quae privilegio *de non evocando* gaudet, civis est, ut recte censet Mev. P. II. *dec.* IV. Nam jus eodem comprehensum unice respectum olim habuit, ad judicia *Westphalica*, privilegiatisque profuit, ne ab his evocati comparere tenerentur, Hert. *Resp.* XIV. *N.* IX. iis autem sublatis, non majorem praerogativam tribuit, quam quae eo respectu omnibus omnino statibus ex *ordin. cam. P.* II. *Tit.* I. competit, ut, quo jure cum hac fundata judicis deprehendentis jurisdictio subsistit, eodem illud huic, quo minus jure suo utatur, obesse nequeat. Tum de non evocando nomen ad eos tantum pertinet, qui in *urbe*, non qui *foras* subsistunt, nec jus revocandi, si quis sine evocatione ad tribunal alienum ex justa *caussa*, *et speciali* fori *competentia*, trahitur, comprehendit, ut ne quidem *minister* principis delinquens, alibi deprehensus, ad forum privilegiatum provocare queat, Leys. *Sp.* LXXX. *M.* IX. Notae ex historia patriae sunt lites ea occasione propter auream bullam Brabantinam, quae *ducibus Brabantiae* jus de non evocando subditos in civilibus ac criminalibus, beneficio Caroli IV., indulserat, motae a *Brabantinis*, dum subditos suos, nec in foro *delicti*, nec *deprehensionis* damnari passi sunt, sed quoscunque vicinos vi et armis ad eorum remissionem cogere tentarunt, quasi privilegium hoc per *quamcunque* extranei cognitionem non posset non violari. Verum his justissimas querelas opposuerunt status imperii, caussati non eo usque extendi posse Bullae Brabantinae privilegium, ut omnes forensium cognitiones jure *speciali* fundatas, adeoque quod huc pertinet, forum *delicti* aut *deprehensionis*, excludat, ceu pluribus docuit V. C. Ern. Mart. Chladenius *de abusu Bullae Brab.* §. VIII. seq. Unde optimo jure forum praesens in Germania contra *quoscunque*, territorio per deprehensionem subjectos, locum habet, non modo *vagabundos*, qui ubi sunt, forum sortiuntur, verum etiam *alterius* territorii *cives*, teste Willenbergio *C.* I.

§. IV. Neque tamen sola deprehensio rei illud constituit, nisi fuerit *ultro* a judice decreta, sin ad *requisitionem*, et preces judicis delicti suscepta, quia *mandatarii* officium explevit, magis requirenti, quam sibi per quandam praeventionem, forum in reum quaesivisse censetur. ZANG. *de except. P.* II. *C.* II. *N.* III.

OBSERVATIO XIV.

AD

QUAESTIONEM CIX. N. 76.

Deprehendens ad sumendam vindictam tenetur, nec incarceratum dimittere, multo minus judici delicti invito obtrudere potest.

Quod si communis utilitatis et securitatis rationes judicium deprehensionis legitimant, ut omnes fatentur, exercitium ejus non pro re arbitrii haberi potest, sed insimul *necessitati* subjectum est, ut judex velit, nolit, contra reum procedat. Parum saluti publicae prospiceretur, si qui ad judicandum constituti, in singularibus casibus *arbitrari* de hoc exercitio juris sui pro lubitu possent, an sibi id expediret, nisi huic cohaeret simul obligatio, cum ad causam deprehensi *cognoscendam*, tum ad eamdem legitima *animadversione* finiendam. Concedo excusatius peccare judices, qui reum alibi delinquentem, dissimulata praesentia, apud se morari patiuntur, simul ac autem eum tanquam facinorosum in vincula conjiciunt, se *ipso facto* ad id obligant, quod officium publicum in genere circa praesentem captivum observandum, postulat. Unde post prehensionem, reum non magis, quam judex domicilii, et delicti, impune dimittere potest, sed iisdem poenis secundum regulas justitiae *negligentiam* compensare debet, quae, suscepta rei dimissione, illis imminent. Veritas propositionis clarior fit ex decisione alius, huic tamen vicinae quaestionis, utrum deprehendens judicem delicti, ad *recipiendum* puniendumque reum requirere, abnuenti vero deprehensum *obtrudere* possit? quam communiter negant, quia, quod *arbitrium* est penes deprehendentem, utrum requisitioni morem gerere velit, idem quoque penes judicem delicti esse debet, utrum deprehensum recipere, an cognitionem deprehendenti relinquere malit, BRUNN. *c. l. N.* VII. STRYCK. *de non usu jur. quaest. C.* II. *N.* LII. LEYS. *Sp.* DXCVI. *Med.* XCI. Accedit, quod deprehensio, cumque ea connexa fori competentia justitiae, non sportularum rationem habeat, talis autem esset, si hoc sibi sumere posset judex deprehendens, quem vix alia, ab onere expensarum mutuata ratio, ad hanc reorum translationem provocare solet. Quum ergo hunc praetextum regulae justitiae vix excusent, nec ratio legum patiatur, ut facto proprio gratis contravenire queat, non potest non *obligatio* in eum derivari, ne delictum impunitum maneat, reum praevia inquisitione puniendi, quantumcunque demum *onus* jurisdictioni suae per praesentem cognitionem accrescat, quod tanti non est, ut *salus publica* eidem cedere debeat. Passim tamen aliud legibus inter judices ejusdem territorii provisum, iisdemque necess-

sitas judici delicti imposita, ad reum recipiendum. De comitatu *Tyrolensi* id testatur Froelich. *P.* I. *pag.* 36. et in terris *Brunswico Luneburgensibus* jure singulari judex *militaris* cogere potest magistratum *loci*, ut coeptam in foro militari cognitionem ad finem perducat. Puffendorf. *Proc. crim. C.* V. §. XII.

OBSERVATIO XV.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 79.

Forum Nobilium et studiosorum in delictis. Forum militum secundum jus vetus ac novum.

Utrum *studiosi*, ceterique cives academici delinquentes jure revocandi ex privilegio ad suum judicem gaudeant, a praejudiciali circumstantia, utrum academiis *merum imperium* simul sit indultum, pendet. Si de eo constat, multum refert, utrum in academia, an extra eamdem deliquerint? priori, non aeque posteriori casu ratio *privilegii* habenda, Zigl. *de for. priv. C.* IV. §. VIII. nam et *nobilis* in civitate delinquens a magistratu *municipali* coercetur, Brunnem. *c. l. N.* XXXII. Late de eo agunt Granz. *de def. reor. C.* V. *M.* II. *S.* II. *Art.* IV. *N.* CCXXXI. Schoepf. *de for. studios. delinq.* Interim concursum cum judice domicilii admittit Willenb. *C. l. C.* II. §. XII. Rursus Theod. *coll. crim. disput.* IV. *Th.* III. *lit. B.* privilegium, ubicumque demum deliquerint, attendi asserit. Plane contra judicem *diversi* territorii studiosus incarceratus incassum ad privilegium provocat, quum ejusmodi privilegium se contineat *intra territorium*, tametsi ab Imperatore fuerit academiis concessum, quod juri *territoriali* nullo modo officere potest, sed salvo eo semper accipiendum.

Quod ad *milites* attinet, nullibi leges romanae tantopere variant, quam circa forum in delictis eorum, quod diversis *ingeniis imperatorum* tribuendum, prout ipsi *militares* fuerunt, vel non, ut observat Leyser. *ad ff. sp.* LXXV. *M.* X. Totum tamen privilegium ad duo capita h. e. ad delicta *minora* et *militaria* restringi debet, per ea quae tradit Zigler *c. l. Cap.* V. Hodie, ne otiosis disputationibus inhaeream, *favor* militum effecit, ut sine *distinctione* foro militari subsint, omni alia judiciaria potestate quiescente, consequenter remissio ibidem ex jure perfecto a quocunque deprehendente exigatur, Ludov. *Krieges Process. C.* III. §. I. Beyer *de for. milit. privil. C.* III. §. V. Knorr. *introd. in proc. milit.* nisi id passim legibus particularibus temperatum, vel cum judice extra territorium lis fuerit, qui jure *territorii* contra captivos procedit, ut antea dictum.

OBSERVATIO XVI.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 80.

Forum delinquentis principiis vel nobilis immediati in servitio alterius principis degentis. Num Caesar judex?

De foro *ministrorum principis* delinquentium otium mihi fecerunt Stryck *de foro ministr. princ.* et Leyser.*de foro delicti .. inistr.princ.* quorum posterior plene, et solide hoc thema excussit, variosque Strychii errores detexit. Illustris hujus capitis est quaestio, coram quo princeps, quin alterius principis *servitio* est, forum delicti sortiatur, num penes *hanc*, an penes *Caesarem*, quoties eum in *officio*, vel qua *ministrum* deliquisse contigerit. Leyserus pro eo cui servit, pronuntiat, quod etiam rationem habet, tametsi res in *hypothesi* variis dubiis plerumque implicetur, quia non raro quaeritur, utrum delicta, et duella *occasione* servitii militaris perpetrata, *circa officium*, vel ab iis, *qua officialibus* commissa, censeantur? Eaedem ambiguitates occurrunt circa nobiles *immediatos* a principe ad officium cooptatos. Respondit ordo Hallensis cui olim assedi, illustrem casum, ubi *nobilis immediatus*, summus militiae praefectus, post mortem sui principis, ob varia delicta quae in universos subditos meditatus erat, ibidem in jus vocatus, *forum* constanter declinabat nec alium, quam Caesarem judicem agnoscere nolebat, sed repulsam tulit, et pro foro in ipso principatu per commissarios formando, pronunciavit facultas. Summam rationum utrinque allegatarum dabo. Pro revocatione ad Caesarem allegabatur 1) immediatos in personalibus neminem praeter *Caesarem* judicem agnoscere, Limn. *J. P. Lib.* VII. *C.* III. *N.* III. Schroeder. *S.* II. *C.* XVIII. §. II. 2) ex sententia Heigii. *P.* I. *Qu.* IX. *N.* XLII. Stephani *de jurisd. P.* II. *C.* II. *N.* LXXXI. eos, si delinquunt, non in loco deprehensionis coercendos, sed ad Caesarem remittendos esse, 3) mandatum Caesareum apud Andlerum *in jur. publ. Lib.* II. *Tit.* V. *N.* XLII. definire: *Dass die Nobiles immediati von keinen als dem romischen Kayser zu judiciren*, 4) superesse ex vetustioribus legibus constitutionem *Friderici* ejusdem tenoris apud Goldastum *T.* II. *Reichs-Satzungen* §. XXI. 5) analogiam juris hanc sententiam obfirmare, secundum quam non datur forum, quod quis intuitu officii sortitur. Stryck. *U. M. Tit. ad municip.* §. X. 6.) ex sententia plerorumque doctorum, administrum ne quidem ob delictum in *officio*, forum sortiri penes eum, cui servit, sed in suo foro conveniendum esse, Carpz. *Lib.* II. *Resp.* XIII. *N.* XIV. Stryck. *U. M. c. l.* 7) nobiles immediatos vel principes, munia civilia vel militaria alibi obeuntes, quoad *personam* alteri ideo non subjici. Foerstneus *de supremat. C.* XII. Contra pro delicti foro allegatum: 1) posse aliquem *plures* sustinere *personas*, eo casu autem conclamatum esse, quod, si actus unius personae contemplatione gestus, tantum hujus persona attenditur. Hert. *de uno homine plu-*

res sustinente personas, hinc 2) fluere, ut si immediatus in *servitium* principis transit, se obliget ad id, quod tanquam officialis agit. SCHILTER. *ad Struv. syntag. jur. feud. c. l.* §. XV. LEYSER. *de ministr. delinq. C.* III. §. VIII. 3) esse hanc subjectionem speciem *prorogationis*, qua is per indirectum judicium se passurum, quoties in officio deliquerit, promittit, et non subditus quidem, sed *Dingpflichtig* fit. 4) eamdem qualitatem subire *principem*, postquam in servitio *militari* alterius principis esse incipit, eoque respectu delinquit, LEYS. *de ministr. delinq. C.* III. §. VIII. 5.) principem, si alterius *Vasallus* fuerit, in caussis *feudalibus*, quarum eadem cum criminibus ratio, huic subesse. Ad rationes dubitandi responsum, primam pertinere ad *regulam*, alteram ab ipso ANDLERO hoc modo limitatam: si in loco imperio immediate subjecto, non si in principis territorio delictum commissum, tunc enim personam illustrem haberi pro *privata*, multo magis ergo intuitu officii conveniri posse: tertiam tantum pertinere ad principes *regentes*, imo ad ea delicta, quae *qua tales*, non tanquam *officiales* committunt, et ob quae *vitae famaeque* dispendium imminet: quartam miscere conceptum *jurisdictionis* romanae ac germanicae, hanc ex jure Latiali non esse interpretandam, MEV. P. IV. *Dec.* CCXC. KNICHEN *epist. praemiss. libro de jur. territ.* Quintae jam a LYNCKERO *de libert stat. S.* II. §. II. jam satisfactum esse. Multo majora dubia se exeruut, quoties *immediati* ab omni ministerio liberi in foro *delicti*, vel *deprehensionis* a *principe* Imperii in jus vocantur, quod tamen aegre fert Caesar. Argumenta in utramque partem communicat KRESS. *de var. jurisd. crim. p.* 47. Recentissima est causa *Ranzoviana*, cujus cognitio Caesari negata, ut inter omnes constat.

OBSERVATIO XVII.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 81.

Forum marechalli in famulitium legatorum.

De jurisdictione criminali *Marechalli* hereditarii in legatorum famulitium durantibus comitiis, non paucae intercesserunt contentiones. Argumenta, quae pro illo, et legatis militant, sollicite collegit KRESS. *de var. jurisd. crim. gener. Obs.* VI.

OBSERVATIO XVIII.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 82.

Clericorum delinquentium fori m inter catholicos et protestantes. Eminentiores in ministerio principis secularis constituti forum seculare sequuntur, praeterquam cardinales. Prehensio clericorum delinquentium est judicis secularis.

I. Quod jure communi provisum, *reatum omnem dignitatem exuere l.* 1. *C. ubi senat. clariss.* ad *clericos* delinquentes applicari nequit, qui, uti in civilibus, ita in criminalibus forum *privilegiatum* coram

judice ecclesiastico habent. Clare hoc provisum in *c.* 2. 8. 10. X. *de jud.* omni secularis judicis imperio suspenso, cui potius ad reum *remittendum* necessitas imposita. Eoque pertinet, quod ex decreto pontificis clerici coram seculari judice convicti, a suo episcopo non sint condemnandi *c.* 4. *eod.* cujus rei vera ratio in *incompetentia* Laici judicis quaerenda. Neque refert, utrum in ipso clericatu se aliquo maculaverit delicto, an post delictum *ordines* assumserint, nisi hoc in fraudem legis fecerint, vel ordine *indigni* judicati, degradati fuerint, Zigl. *de for. privil. C.* III. §. II. Corvin. *de person. et benef. Lib.* III. *C.* XXII. *N.* IX. Eoque jure hodienum utuntur Catholici, ut extra casum *degradationis*, judicis *secularis* nullas partes esse asserant, quippe qui solus criminaliter procedere potest, non ecclesia, quae sanguinem non sitit. Inter Protestantes eadem rerum facies, nisi quod quaedam paululum mutata. Hoc 1) certum, nostra Consistoria ad imaginem consistoriorum Catholicorum esse erecta, Mev. *P.* III. *decis.* CCLVII. *N.* II. Thomas. *de jur. Princ. circa solen. sepult.* §. XV. Cujus rei consequens est, ut omni jurisdictione criminali, etiam contra clericum delinquentem, careant, et numero eorum, qui *bassam* jurisdictionem habent, accenseantur, Mev. *P.* II. *dec.* CCXXXVIII. *N.* IV. si quo jure in deliciis utantur, illud *generalem* inquisitionem non excedit, Stryck. ad Brunnem. *Jur. eccles. Lib.* II. *C.* XIX. *N.* XXIX. Hac finita, si clericus ad *specialem* inquisitionem gravatus ejus expeditio, vel judici *altum* jurisdictionem habenti, committitur, vel contra clericos honoratiores per *commissarios* ad hunc actum constitutos proceditur, *degradationis* habita ratione nec quidquam, quae papismum, characteremque indelebilem redolet, nec sine manifesta offensione doctrinarum nostrarum admitti, aut decerni potest. Loquor de criminibus gravioribus, *mortis*, vel *corporis afflictiva* poena expiandis: leviora enim, et quae mero officii clericalis *excessu* absolvuntur, et solis poenis ecclesiasticis, remotioni, suspensioni, aliisque censuris subjacent, ad cognitionem *consistorii* pertinent, magis *summarie*, quam criminaliter peragendam, B Parens *J. E. tit. de for. compet.* §. LXIII. II. Illud silentio non omittendum circa forum delicti, etiam inter Catholicos multum referre, sintne delinquentes clerici *simplices*, an simul in *principis* secularis *officio*. Quotiescunque aliam personam sustinent, et, in ministerio principis secularis constituti, peccant, coram solo tribunali *seculari* rationes reddere coguntur, quia eorum delicta non habentur pro delictis clericorum, sed laicorum seu officiariorum, Espen. *jur. eccles. P.* III. *Tit.* III. *C.* II. §. XLIX. praeterquam si *eminentioris* dignitatis sint, quod inter principes Catholicos frequentius contingit; quorum summi administri *cardinalium* ordini adscripti, qui si vel maxime criminis *laesae majestatis* rei fiunt, judicandi a judicio *ecclesiastico* auctoritate Pontificis constituto. Ita, inquam, ex Curiae Romanae principiis judicandum, quae tamen non ubique agnovit *Gallia*, ut variis exemplis illustrat Leyser *ad ff. Spec.* LXXX. *Med.* XIV. Cum cognitione III.) non confundenda

clericorum *incarceratio* per seculares, quae quia *provisionalis*, etiam inter Catholicos facilius excusanda, ut exempla eminentiorum clericorum a Leysero c. l. allata docent, vid. Froel. *P.* I. *pag.* 74. Unde multo magis ad clericos *minoris* ordinis arguendum. Inter nos tanto minus haec dubio caret, quanto magis plenior inquisitio judici criminali deleganda. Rinck. *de depr. in flagr. del C.* III. §. XXXVII.

OBSERVATIO XIX.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 90.

Num princeps in crimine falsae monetae ipse judex sit?

De hoc problemate supra *Quaest.* XLI. egi. Huic vicina est quaestio, an in crimine *falsae monetae* princeps solus judex sit? Ita sentiunt nonnulli: quia est species criminis laesae *majestatis*, hac tamen cum restrictione, ut tantum procedat, si *subditus* superioris *sui* monetam privato ausu cudit, non si signum *extranei* principis imponit, monetam radit, vel in minorem resolvit, Lyncker *dec.* DCCXCV. *Conf. Oesterreichische Malefiz—Ordnung Art.* XLI. §. VI.

OBSERVATIO XX.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 97.

Jus asyli inter catholicos restrictum, inter evangelicos ignotum.

In terris Protestantium res minus dubii habet, postquam santitati *internae* ecclesiarum, a qua quoad maximam partem jus *asyli* dependet, nuncium misimus, adeo ut nequidem in *monasteriis Catholicorum* territorio *principis A. C.* subjectorum jus asyli allegari queat, ceu plenius docuit B. Parens *in J. E. tit. de immunit. eccles.* §. XXXIV. Neque inter Catholicos desunt variae reformationes, quibus nimia libertas, jure canonico asylis asserta subinde restricta. Dudum Carolus IV. qui in *Constitutione de Anno* MCCCLIX. consuetudinem repetendi ad ecclesias confugientes improbaverat. Multum eidem alibi favore civitatum *Lusatiae* MCCCLX. in specie utilitatem *Norimbergensium* NCCCXLVII. detraxit. Lymn. *jur. publ. Lib.* VII. *C.* XXXVI. *N.* XXVIII. Similis restrictio facta a *Bavaro* vid. Maximiliani *Beyerische Malefiz-Ordnung Tit.* X. Recentiorum temporum monumenta in *Austria* contra abusus Asylorum publicata a Ferdinando III. MDCXLIV. habes apud Guarient. *Cod. Austr. tit. Eccles. immunitas* a Leopoldo *Anno* MDCLXXXVII. apud Weingarten *Cod. Ferdinandeo Leopoldino Josephino Carolino N.* CDXVIII. *p.* 507. Qua ratione in comitatu *Tirolensi* jus istud limitatum fuerit,

docet FROEL. *P.* I. *pag.* 507. Plura hanc in rem collegit MYLER *ab* EHRENB. *de jur. Asyl. c.* V. Solidius de ortu, progressu usuque hodierno juris asyli, speciali dissertatione commentatus est ENGELBRECHT.

OBSERVATIO XXI.

AD

QUAESTIONEM CX. N. 100.

Singularis loci exemptio praeventionem excludit.

Denique cessat praeventio ob *loci*, ubi delictum commissum, specialem *exemptionem*, quale quid in *Megapoli* contingit, ubi ecclesiae cum delictis ibi commissis, per leges *provinciales* cognitioni supremi dicasterii reservantur. Hoc enim facto judex loci ordinarius competentiam, quae est fundamentum praeventionis, amittit. Sic judicatum ab ordine nostro contra *magistratum* loci, qui ex capite praeventionis *fiscalem*, coram judicio provinciali ob delictum in ecclesia commissum reum accusantem, interveniendo per praeventionem repellere tentaverat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 21.

Metus futuram sententiam eludendi unicum fundamentum incarcerationis constituit. Sententia Leyseri examinatur. Relegatione imminente non praecise opus carcere. Honestiorum privata custodia.

Manifestum est incarcerationem hac sola ratione usurpari, *ut elusio futurae sententiae* praecaveatur. Haec, ut effectum habeat, publicum interesse requirit, fatente *Jcto in l.* 8. §. 9. *de pen.* et non obscure probante CAROLO V. dum carcerem ad *detinendos* reos comparatum asserit, *zu Behaltung und nicht zu schwehrer Peinigung;* quae detentio, si *poenae* rationem a carcere ex mente Imperatoris excludit, alium finem, quam securitatem *futuri judicii* respicere nequit. Hoc si verum est, uti est, fundamentum proximum circa quaestionem *an*, et *quando*, ad incarcerationem reorum provocandum? non e longinquo repetendum. Et circa *indicia* quidem, quod sine iis ad incarcerationem procedi nequeat, res per se clara, ut Qu. seq. docebo. Videndum ergo quid amplius accedere debeat. Ego unice in imminente *delusione judicii* subsistendum reor quaecunque in hanc rem, *regulae* construendae caussa passim, suggerant interpretes, non extra omnem dubitationem posita video. Qui enim cum *Auctore* FROELICHIO *c. l. pag.* 74. aliisque custodiam

imminentibus poenis *capitalibus*, vel *corporis afflictivis* propriam faciunt, hactenus quidem non errant, quia cum his semper metus *fugae* conjunctus, et vix quisquam existit, qui ejusmodi malum non in extremo gradu cohorreret: in eo autem peccant, si his *monopolium* incarcerationis tribuunt, in aliis poenis carceres reprobant. Quid enim si poena pecuniaria quidem immineat, sed ob *inopiam* rei manifestam in corporis afflictivam commutanda? nonne effectu juris spectato eamdem suspicionem enasci cum Theod. *coll. crim. C.* IV. *Aph.* X. *N.* XLVI. dicendum est? Et quid demum de *relegatione* imminente dicendum? Perpetuam relegationem ad custodiam sufficere, tradit Griebner. *princ. proc. jud. Lib.* II. *C.* X. §. V. Auctor noster idem de relegatione *quacunque* tradit, et ex *urphedae* praestatione rationem decidendi petit. Mallem potius arbitrio judicis definitionem committere, quam temere ad aerumnas carceris reum damnare. Ponamus reum cui imminet relegatio satis *possessionatum* esse. Hunc evasurum et bona sua derelicturum, vix praesumendum, quo posito judici ex asse *cautione de judicio sisti* prospicitur. Quid? quod relegatio ex earum poenarum genere sit, quae vulgo pecunia redimi possunt. Quae sola spes, veniae obtinendae, satis efficax est, ad reum a fuga retrahendum, adeo ut licet fallere, isque repulsam aliquando ferre possit, in exordio inquisitionis, de quo hic loquor, supersedere queamus incarceratione. Plus dico, judicem ne tunc quidem neglecti officii poenas daturum, si relegatione *abscisae* imminente, reum in libertate morari passus fuerit. Fac enim, reum durante inquisitione, vel post sententiam latam solum vertere, quid inde? In promtu erit priori casu medicina, contra eum in *contumaciam* procedendi, aut posteriori relegationem, quae cum effectu contra absentem executioni dari potest, publice affigendi, finemque poenae obtinendi, qualis est ut civitas purgetur membro noxio, quod jam suboluit Clasenio *ad h. a. p. m.* 62. Ratio Auctoris ab *urpheda* mutuata, est mere particularis, nec ita comparata, ut sine ea relegatio effectum non sit habitura. Non omnibus, praesertim honestioribus haec dura lex dicitur, ut ea praestita discedant, nec ea, nisi *diserte* in sententia injuncta, in dubio exigi potest. Si illa applicanda, hoc inter *vilioris* conditionis personas obtinebit, intuitu quorum praesens quaestio per se otiosa, quia illae etiam ob leviora delicta carceri mancipantur. Leyserus *Sp.* DLXIII. *Med.* III. meliorem regulam excogitasse sibi videtur, dum habita *delicti* ratione ad solum *metum fugae* judicem ablegat. Ipse ego olim in hac ratione acquievi, quae magnam utique *speciem* prae se fert, et in plerisque judicem instruit, utrum reum prehendere, an sui juris relinquere debeat? sed spem fefellisse, nec eam per omnia probatam esse, curae posteriores docuerunt. Imprimis Leyseri circumscriptio, quae nullam gravitatis *delicti* curam habet, et cessante metu *fugae* etiam in graviori delicto custodiam reprobat, eo vero concurrente, quantumvis *leve* fuerit delictum, probat, valde mihi suspecta videtur. Nam vix possibile est, ut si delictum grave, fugae metus nullus sit. Et cui usui custo-

dia? quoties levior admonitio imminet, quae sua natura discedendi libidinem facit inanem. Sed nec *delicti* commissi *poenaeve* imminentis consideratio cum fugae metu conjuncta certiora subministrat, quandiu non simul de *exitu* futurae sententiae dubitatur, Mev. *P.* I. *dec.* I. *N.* III. IV. Enim vero I. potest aliquando cum relegatione imminente gravissima fugae suspicio concurrere, ea autem, ut dictum, ad capiendum incarcerandi consilium non necessitat, nec ad neglecti officii mulctam condemnat judicem, cujus in *exitu* futurae sententiae obtinendo non adeo interest, fueritne reus *praesens*, an *absens*, si quidem relegatio contra utrumque decerni, et in effectum deduci potest. II. De fuga non suspectus, quoties ad forum delicti, venire detrectat, ibi autem, ubi delitescit, difficilis conventionis est, ex sententia ipsius Leyseri *cit. loc. Med.* VI. ubique locorum justissime comprehenditur, nulla alia ex ratione, quam quia judicium jam eludit, et judicatum futurum multo magis elusurus est. Ita vero apparet, nec opes, nec dignitatem sine respectu ad exitum. jus et necessitatem incarcerationis alterare, adeoque in delictis *capitalibus* etiam ditissimo ob metum eludendi judicii carceres esse praeparandos, quidquid demum *Auctor N.* X. de praesumptione pro hoc militante, rescribat. Facilius *modus* custodiae temperamentum tum subministrat, vi cujus, reo custodes in *propriis* aedibus dantur quae detentionis species in honestioribus, maxime illustribus usurpari solet, Lynck. *in praescript. publ. praescr.* X. Puffend *proc. crim. C.* IX. §. VIII. tametsi ob varias latebras domesticas, et artes, vigilantiam, custodiam deludendi circa illam magna circumspectione opus, et ideo judex sine metu injuriarum etiam honestissimum ad locum securum, ast honestum, remittere possit. Leys. *Sp.* DLXIII. *N.* XI. Multo minus status *clericalis* judicem secularem prohibet, metu fugae imminente reo manus injicere, quod etiam inter Catholicos probat Froel. P. I. p. 74.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 26.

Indiciorum ad incarcerandum qualitas accurate determinari nequit. Non praecise proxima necessaria. Arbitrium judicis omne punctum fert.

Salebrosum imo impossibile est, certos distinctosque terminos *indiciis* ad capturam reorum aptos ponere, propter miram circumstantiarum varietatem, et difficultatem, *gradus* singulorum indiciorum determinandi. Qui exemplo Puffendorfii *Proc. crim. C.* IX. §. XI. talia indicia pro incarcerando reo requirunt, quae ad *inquisitionem specialem* sufficiunt, obscurum per aeque obscurum decidunt, quia haec posteriora distincte scimus cum ignarissimis, praeterea, quod ex incarceratione tum ex inquisitione speciali redundat praejudicium, tantopere discrepat, ut, quum mensuram indiciorum a *fine*, in quem adhibentur repetere fas sit, jura utriusque misceri nequeant. Ipse Brunnemannus *C.* VIII. *M.* I. *N.* XI. postquam eamdem regulam probaverat,

arbitrio judicis eam temperandam monet, et hoc ipso leviora indicia hic sufficere, fateri cogitur. Non ideo tamen talia requirenda, sine quibus diri cruciatus dictari nequeunt, in qua sententia sibi placet GRANZ. *de def. reor. C.* IV. *M.* II. *S.* I. *N.* VI. ex falsa, et supra jam profligata hypothesi, quod inquisitio, cujus initium incarceratio vulgo esse perhibetur, unice ad *torturam* comparata sit. Quid ergo, num remotum *indicium* incarcerationem fundat? Neque hoc temere dixerim. Si quae determinatio admittenda, haec erit, quod vel *quaedam remota* conjunctim requirantur, vel *proximum* quidem, sed non plene probatum sufficiat. Ultimo res, ut Auctor recte sentit, ad *arbitrium prudentis judicis* recidit, qui tum, ne nimis festinet, tum, ne nimis differat incarcerationem, et elabendi occasionem praebeat, providere debet. Qua in re, etsi prudenter agat, si ad amoliendum partium studium rem decisioni *extraneorum* relinquit, BERG. *oecon. jur. Lib.* III. *Tit.* IX. potest tamen, si vult, ea de re ipse decernere quum haec determinatio per *sententiam* non praecise fiat, et sic transmissio actorum non sit necessitatis. Inter alias caussas memoranda *fuga* a suspecto, antequam contra ipsum inquisitio tentata, suscepta, quae *antecedentem* suspicionem mirifice auget, BEYER. *c. l. Posit.* XXXVIII. Idem in casu *vulnerationis* ab aliquo factae juris, quum primum medicus eam *periculosam* renunciat, FROEL. *P.* I. *p.* 75. Denique, qui in loco delicti ab uno commissi deprehenduntur, modo aliquali suspicione laborent, omnes tamdiu in vincula justissime conjiciuntur, donec de vero auctore, et sic de reliquorum innocentia constet.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 38.

Leviora indicia ad citationem sufficiunt. Num liceat reum tanquam testem evocare?

Neque huic remedio impedimento est, quod reus, caussa citationis non manifestata, comparere haud teneatur. Id enim in civilibus quidem, non aeque in *criminalibus* obtinet, ubi superiori parendum, quo ex fundamento hanc Auctoris cautelam probat BRUNNEM. *C.* VIII. *M.* I. *N.* XIX. Respectu viliorum, ad quos eam restringere videtur Auctor, ea in re non adeo laborandum; contra honestiores vero major cautio adhibenda, ne eorum existimatio periclitetur, quem in finem modus examinis comiter suscipiendi applicationem temperare debet. Plane illa cautela, qua nonnulli suspectum de delicto tanquam *testem* examinandum commendant, quia dolum fraudemve judicis sapit, merito damnanda, sive enim eum juramento testium obstrinxerit, metus perjurii liquidus erit, sive absque hoc eum expiscari tentaverit, et suspectus nil fatebitur. Ita solide judicat PUFEND. *c. l. c.* IX. §. XXXI.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 49.

Excessus incarcerationis. Qualitates carcerum eorumque reparatio. In defectu carcerum sumtus custodiae fert judicium. An subditi ?

Aureum est hocce monitum contra judices, qui saepe caeco affectu, aut imprudenti justitiae Zelo abrepti, parum de qualitate carcerum solliciti, tum in viliori rei conditione, tum in criminis gravitate acquiescunt. Quasi vero hic praetextus crudelitatem excuset, aut salva justitia in corpus hominum infimi ordinis debacchari liceat. Leges tametsi contra viliores *facilius* custodiam indulgeant, *excessum* non probant. De ejusmodi horridis carceribus plura habes apud DOEPLERUM *P.* I. *c.* X. §. XIV. quae tametsi hodie non tam frequentes, uti olim, subinde tamen, imprimis si *subterranei* sunt, crudelitatem maximam spirant. Omnis, quae hic occurrit, inspectio eo vergit, ut carcer *salvum* servet reum innocentiae, vel supplicio, non ut sit *saluti* inimicus, terribilis, cruciatuum plenus. Aliud est speluncas insectarum plenas habere, quas cohorret recta ratio, aliud receptacula, unde quaque clausa et obfirmata, quae probat, quodcunque demum a reo fuerit commissum crimen. Qualitates carcerum legitimorum speciales exponunt BLUML. *ad art.* XI. *C. C. C. N.* II. CLASEN. *eod. in fine.*

Praeterea non ultima judicis cura est, carceres tales in promtu habere, ne facinorosis occasio fugae subministretur. Sunt, qui carceribus sed *male munitis* instructi, sunt quoque, quibus *nullus* carcer ad manus, ut saepe praefecti nobilium. Utrobique, posteriori casu in specie *custodibus* opus, si quem ob crimen in jus vocari contigerit. Quae circumspectio, uti in se fragilis, et periculosa est, ita fontem novarum litium plerumque suggerit. Non enim expeditum est, quis *expensas* hoc fine faciendas subeat, *dominus* jurisdictionis, an *subditi*? Similis est lis de *reparatione* carcerum, quae sine sumtibus fieri nequit, et gravissimis disceptationibus saepe exposita, *Nobilibus* hoc onus in *subditos* derivantibus, his contra de *onere jurisdictionis* excipientibus. Quod si rustici operas ad custodiendum *determinatas*, vel *indeterminatas*, praestant, conclamatum est, eos aut custodiam subire aut eam pretio redimere teneri. Hac circumstantia deficiente pro eorum immunitate merito pronunciandum, et in *dubio*, quamdiu de observantia contraria non constat, nobilis, vel alius judex adigendus, ut ipse sumtus, quas defecus, aut fragilis carcerum conditio requirit, ferat. Quum enim honor et praerogativa jurisdictionis criminalis nobilibus in magno pretio sit, iisque *mulctae* cedant, non potest non iis objici, eum qui *commodum* sentit, merito *onus* comitari debere. Atque in eumdem modum philosophatur ipse CAROLUS *art.* CCIV. Praejudicium habes apud Auctorem *Lib.* I. *Resp.* L.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 53.

Modus circa ferramenta et compedes.

Eumdem cum carcere habent finem compedes ac ferramenta. Unde eorum usus ita temperandus, ne quid nimis, vel minus fiat, sed respondeat accurate curae pro evitando judicio elusorio. Ita vero nosse non sufficit, an et quando compedibus opus sit, verum etiam *modum* ferramenta applicandi investigari oportet, utroque enim casu in defectu et excessu peccari potest. Interim utrobique eadem regnant principia. Nam qualitas *delicti*, et *indiciorum* utriusque usum determinat, ita, ut auctis subinde indiciis, vel convictione accedente, usus compedum *strictiorum* se exerat imprimis si ipsi carceres non sufficienter muniti: sin *muniti*, ut elabendi occasio difficillima, *leviora*, *die Beinen-Schellen* sufficiunt. Imprimis pravi *mores* delinquentium ipsi modo legem ponunt ita, ut, si reum *saepius* vincula rupisse constat, talis constrictio accedat, per quam loco se movere impeditur. Et tum quidem omnis misericordia sequestranda, quum alias variae artes male feriatis in promtu sint, nexum vinculorum solvendi. Ejus rei evidentissimum testimonium praebet turba scelestissimorum hominum, de qua editum, scriptum: *Denckmahl der gottlichen Regierung wegen geschehener Entwendung der guldenen Taffel in Luneburg*, quae famosa fuit in omnis generis vinculis vi vel arte rumpendis. Hinc necessitas reos visitandi, iisque cultrum, clavum vel simile in strumentum lacerando effodiendove aptum eripiendi, Froel. *P.* I. *p.* 79.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 55.

Relaxatio carceris absoluta et secundum quid?

Admissione incarceratorum quae fit caussa finita, distinguenda *relaxatio*, pendente inquisitione, quae si plena, iisdem, quae hactenus exposui, regitur principiis. Quam primum, qui ab *initio* custodiam suaserat, metus delusionis futurae, ex *post* facto cessat, et emergentes circumstantiae molliorem poenam a fraude rei futura alienam suggerunt, praestita sufficiente *cautione* de judicio sisti, et judicatum solvi, si hoc urget dimitti debet, Bluml. *ad art.* LXXVI. *N.* X. Datur quoque relaxatio restrictior, qua reus sub custodia, sed *tolerabiliori* manet, si sanitatis, et valetudinis discrimen id urget, Brunnem. *c. l. N.* XVI. Bluml. *cit. l. vid. Qu. seq. N.* LIV. *seq.*

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 62.

Carcer ad custodiam. Ob varias caussas suscipitur.

Jure Latiali inauditum, delinquentem *poenae* caussa in carceres, et quidem *perpetuos* conjicere praeterquam servum l. 10. *de poen. l.* 10. 6. *C. eod.* Omnis potius finis carcerum in mera *custodia* quaesitus, ut *l.* 8. §. 9. *l.* 35. *pr. de poen.* docet. Alia est sententia *majorum* nostrorum et ipsius Caroli V. ut jam docui in *Elem. jur. crim. S.* II. *c.* VI. *in fine*, unde nota est poena carceris *perpetui art.* X. *C. C. C.* et *temporalis art.* CLVII. His addo carcerem modo in civilibus modo in criminalibus caussis adhiberi. Prius non aliter fit, quam ad coercendam *contumaciam* quaquis non praestat, quod sui officii erat, posterius vel ad detinendum reum de fuga suspectum, vel ad declinandam *offensionem* injustam, *art.* CLXXVI. *C. C. C.* vel ad compescendam delinquendi *libidinem* sive ad tempus, sive in perpetuum decernatur Stam. *de servit. person. Lib.* I. *Tit.* III. *c.* I. §. XII. *seq.* Heinec. *I. G. Lib.* II. §. CCCLXXVI.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 66.

Separatio incarceratorum sive ejusdem sive diversi delicti reorum.

Ratio *separandorum* reorum in fine *art.* XI. *C. C. C.* allegata ad *ejusdem* delicti socios quidem primario pertinet, non tamen ad illos sanctio tantum restringenda, quum nullum studium maleferiatis magis sit proprium, quam cum quibusvis carceris sociis de veritate criminis supprimenda conspirare, et tyrones, stupidosque erudire, qua ratione in examine, et responsionibus sibi cavere, caussam implicare possint. Unde legem ad *quoscunque* incarceratos non sine caussa trahit Manz. *ad h. a. n.* XXXI. Nonnunquam multitudo delinquentium id consilium ultro prohibet, quo casu tamen auctor essem judici, ut quoties in eodem loco custodiendi, mox post apprehensionem singulorum examen summarium suscipiat, responsiones actis accurate consignet, et hoc modo collusiones antevertat.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 70.

Media contra judicem inique incarcerantem. Deprecatio. Emenda.

Quas Auctor pro removenda actione *injuriarum* profert rationes, nihil aliud involvunt, quam quod ob violentam pro magistratu militantem praesumptionem in *dubio* animus injuriandi decesse censeatur. Verum, quum haec veritati cedat, et a solertia laesi nonnunquam a *juramenti delatione* ipsa probatio dependeat, nulla caussa est, ob quam laesus repellendus sit, ut ex professo contra Auctorem evicit Wernh. *P.* I. *obs.* VII. cujus rei exemplum de judice per carceres ad transigendum cogente exhibet Rivin. *Tit.* I. *Enunc.* XI. Simile praejudicium contra hanc doctrinam ipse Auctor *N.* XXX. profert, quam inconstantiam dudum notavit Berg. *El. crim. p.* 453. consentit Froel. *P.* I. *p.* 73. Ab hac sententia non adeo alienus Lyncker. *Resp.* CLXXV. *N.* LXI. licet laeso per remedium *syndicatus* magis consuli, per actionem injuriarum e contra raro satisfactionem sufficientem parari, asserat. Ita vero magis regulam *consilii*, quam *juris* subministrat, quae tamen universalis non est. Nam etiam *deprecatio* eo dignior et notabilior satisfactio, quo magis existimationem apud viros bonos gravat, si judici imposita, quam, cur is effugere possit, si de injuria ejus liquido constant, non video. Taceo per eam non praecludi viam ad persequendum damnum, et interesse, seu *emendam*, sed hanc per se a laeso peti posse, Ludov. *proc. civil. c.* 11. §. 11.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 98.

Fuga incarceratorum impunis, effrationis non habita ratione. Num poenam extraordinariam augeat?

Rigor juris *romani* contra eos, qui e carcere eruperant, vi vel astu tam manifestus, est, ut Auctor ipse juri huic nuncium miserit. Hoc remoto, si rectam rationem spectes, quam inspicere silentium Carolinae suadet, quaestio *praejudicialis* erit, num hocce factum in persona rei tantopere criminosum, an potius *imbecillitatis* humanae plenum sit, qua definita, de poena demum laborandum. Vulgo nimis festinanter judicant, qui id *arbitrarie* expiandum putant, Menoch *de A. J. Q. cas.* CCCI. *N.* I. Struv. *Ex.* XLVIII. *Th.* CVI. Multo magis reprehendendi, qui poenam aliunde promeritam ideo ad *capitis* supplicium extendi posse, perhibent Schilt. *Ex.* XLIX. *th.* XLIII. Stryck. *U. M. tit. de custod. reor.* §. II. Caussa horum fluctuum in vana persuasione, quod per carcerum violationem crimen *laesae majestatis* committatur, videtur quaerenda. Ego nunquam a me impetrare potui, ut reatum in eadem agnoscerem. Quidquid is qui in ea caussa est, se eximendo agit, ex *instinctu naturali*

suscipit. Qui quidem non adeo irrationabilis, sed *humanus*, et obtenacissimum sui *amorem*, quo quilibet se *conservare* studet, venia dignus est. Dum humanum voco, ne judicem quidem eum in reo reprobare, fas est. Quid enim is reponeret, si reus eum obtestaretur, num ipse, fato in similem conditionem conjectus, aliud consilium suscepturus esset. Certe judex secundum *conscientiam* acturus non posset non obmutescere. Ita vero omnis *dolus* ab illa eruptione abest, quocum intentio propriae *salutis*, de qua hic non dubitandum, simul subsistere nequit. Neque aliud suadet facinoris, quo se incarceratus antea maculavit, *atrocitas*. Ea enim communis naturae impulsum non tollit. Sit reus sceleratus, nequam, homo tamen manet, nec iis juribus, quae hominibus propria et connata sunt, excidit. Fatentur justitiam assertorum Stryck *de carc. ad cust. c. f. N.* VI. Ludov. *ad h. art.* reatumve ad solam *effractionem* restringunt. Ego vero nil mutandum, et ne hanc quidem *criminalem* esse, existimo. Violentia enim, quae cum ista fuga conjuncta, ad mera *accidentia* pertinet, quum naturale sit, ut, quem natura impune ad fugam impellit, eumdem eodem modo ad *media*, sine quibus evadere nequit, quorsum ruptionem vinculorum refero, cum eadem impunitate impellat, Ludovici *ad h. a.* Voet. *ad tit. de custod. reor.* §. IX. Quantamcunque demum violentiam adhibuerit, a qua sola *impossibilitas*, angustias aliter declinandi, et verisimilis ratio, quod apertis januis, reus effractione lubens supersedisset, excusat. Ita vero nec *poenam* effractioni imponere, nec promeritam salva justitia *augere*, nec de exceptionibus, quas hic commiscuntur Dd. nos sollicitos esse convenit, sed reum e fuga revocatum ad sustinendam antecedentis delicti poenam asservare, sufficit. Idque non obscure ex Carolina probari potest, quae, dum fugam culpa *custodum* susceptam *extra ordinem* expiandam jubet, oscitantiam *commentariensis* quidem notat, in ipsium reum nihil statuit. Unicum excipio casum, quo poena etiam gravior pro re nata obtinet, nimirum si aufugiens non in ruptione vinculorum substiterit, sed *delictum* antea commissum, tempore fugae *novis violentiis*, vulneribus aliis illatis, auxerit, et sic quod per se criminosum, hominibus innocentibus vim fecerit, ut recte observat Kress. *ad Art.* CLXXX. *C. C. C.* §. III. *N.* III.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM CXI. N. 108.

Commentariensis incarceratum dimittentis poena prouti dolo vel culpa peccavit. De usu talionis.

Si verba et mentem *art.* CLXXX. *C. C. C.* spectes, duo momenta ad praxin *talionis* desiderantur, I. plena de *dolo* commentariensis convictio. II. *liquidum* aufugientis *delictum*. Prius ipse contextus suggerit, qui duos casus culpabilis dimissionis e custodia, tractat, quorum posterior, quum de culpa agit, necessario arguit, priorem, cui is

contradistinguitur, de *dolo* accipiendum esse, etsi ejus nominatim mentio non facta. Dolum accipio pro calliditate et industria reum custodiae publicae subtrahendi, sive interveniente *collusione*, ac conspiratione cum fugitivo id factum, sive simplex scientia et dissimulatio evasionis ac propositum, eam non *impediendi*, sed potius studio indulgendi, concurrat. Utrobique voluntas ad parandam fugam directa adest, et solo *gradu* in his speciebus differt, unde essentiae doli nihil decedit. Durius ea in re est *speculum suev cum cap.* CXX. quod commentariensi sine ulla mentione doli *similitudinem* supplicii minatur. *Wer sich der gefangenen Leute unterwindet, dass er ihr hüten soll und hüten will, und entrinnen sie ihm, er soll sie wieder suchen und fahen ob er mag, und mag er ihm nicht wieder antworten er soll allen den Schaden und alle die Buss leiden, die jener leiden solt, der ihm entronnen ist.* Posterius ipsa *talionis*, quam comminiscitur legislator, applicatio desiderat. Quamdiu enim fugitivus nec confessus, nec convictus, omnia circa vindictam promeritam in *incerto* sunt, nec poena liquida est, quae ad custodem transferri posset. Et licet sententia ante fugam jam lata, tamen incertitudo, utrum reus praesens praevia nova *defensione* mitiorem poenam obtenturus fuisset, nihilo minus perdurat, et sic in perpetuum applicationi *talionis* impedimento est. Equidem, quum de talione quaeritur, sola poena fugitivo in *thesi* imminens sufficere posse, non praecise ea, quam in *hypothesi* is vere promeruit, necessaria esse videtur, quia similitudo supplicii magis ad delictum in genere, quam ad personam praesentem pertinet. Verum personae rei ad eam definiendam ex mente Imperatoris rationem habendam esse, cum interpretatio per *aequitatem* suadet, tum verba *dieselbe straff*, item *anstatt des Ubelthaters* evincunt, quorum priora speciem certam, ac liquidam comprehendunt, posteriora respectum ad personam rufugiendis habent. Addit Auctor *N.* CVIII. novum requisitum et *operas proxeneticas*, armatamque manum, ad compedes rumpendos, aut carcerem effrangendum desiderat, propter verbum, *aushilfft*, in quo consentientem habet Blumlacherum *ad h. a.* et Brunnem. *ad l. 4. ff. de effract.* Sed nullum *effracti* carceris vestigium in hoc articulo superest, quin potius solius *fugae* e custodia mentio injicitur, tantum abest, ut legislator commentariensis *vim* requirat, ut potius in quaecunque *conniventia* ac *indulgentia* dolosa fugae acquiescat. Neque aliud fert notio vocis, *aushilfft*, quae latissima est, quemcunque concursum comprehendens. Et absurdum utique foret, vim carceribus facere, ubi commentariensis, quod plerumque in ejus potestate positum, januam aperire, compedes de plano solvere, aut sine facto violento abitum dissimulare potest, quod contra Auctorem recte observarunt Kress. *ad h. a.* §. I. *N.* I. Leys. *Sp.* DLXIV. *Med.* V. Usum fori in poena talionis non omnino negat Leyser, sed duobus exemplis confirmat, plerique vero, dum eam cohorrent, et in aliis juris, criminalis articulis exesse jubent,

etiam hic in sola *corporali* poena subsistunt, ne *capitali* quidem supplicio probato. Menck. *Us. pract. ad Tit. de effract. p.* 1507. Beyer *ad eumd. Tit.* §. I. Stryck. *U. M. eod. Tit.*§.V.Ludov.*ad art.*CLXXX. *C. C. C.* Neque dubito, quin illa tanquam benignior facilius applausum sit inventura, modo capitalis non prorsus reprobetur, quam justitia et aequitatis regulae, si aufugiens atrox crimen latrocinii, veneficii, incendii non tantum commiserit, sed post abitum denuo repetierit, requirunt. Imprimis contra *perduellem*, ita liberatum, exemplo opus, quod, qui dolose impedit, merito factum morte, et gladio expiare tenetur, si momenta supra narrata concurrant, cujus rei exemplum habes in *dem neu eroffneten Bilder-Saal P.* VI. *p.* 238. Hactenus de dolo. Sin *culpae* tantum reus est custos, ex gradu ejus poena commensuranda. Id enim sibi volunt verba *nach gestalt der Sachen.* Et *levissima* quidem vix poenam meretur, ad quam refero, si vafritie reorum decepti custodes, ut solertissimus quisque, nedum homo simplex ad custodiam datur, mali quid ominari potuisset. Ergo levis et lata tantum expiationi subjacent. De posteriori ut plurimum acriter disputant, nec tamen *corporalem* poenam admittunt. Qua in re non adeo repugno, ob *proportionem*, quae inter hunc et priorem casum servari debet, modo temperamentum observetur, ut, quo casu dolus corporali supplicio coercetur, eo culpa lata ad summum relegatione perpetua puniatur; contra quo ibi aequitas capitalem poenam suadet, eodem hic coercitio ad fustigationem crescere possit. Ubi tamen quod antea proposui, merito repetendum, ut *liquidi* aufugientis *delicti* in definienda poena ratio habeatur, et simul respiciatur, num aufugiens *novum* crimen commiserit, nec ne? Quandoquidem haec in arbitrariis est regula, ut inquiratur in *effectum* secutum, et in salutem publicam redundantem. De *extraneo* effractore actum supra Qu. CLXXXV. *Obs.* IV.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 19.

Salvus conductus tacitus ignotus, nec cuivis citationi inest.

Reum ad locum judicii post citationem accedentem, ad beneficium *salvi conductus* frustra provocare, hoc solo argumento probatur, quod judex quemcunque reum de crimine gravatum prehendendi jus habeat. Quam facultatem, qui exercet, *suo jure* utitur, nec reo injuriam facere intelligitur. Ea itaque ut constringatur, aliud remedium non superest, quam ut vel a *superiori* prohibeatur, vel ipsemet suo proprio pacto se obstringat, et juri suo renunciet. Quumque indubio nemo juri suo *renunciare* censeatur, declaratione tali opus, quae vim certae, seriaeque voluntatis habet, qualem sola *verba* constituunt. *Facta* ad hoc non sufficiunt, sed plerumque dubiae sunt aestimationis, in quorum censum merito refero solam ac simplicem *citationem*, cui, qui nimis fidit, et comparet, sed post examen suspe-

ctus deprehenditur, utique facta incarceratione de se queri debet, non de injuria judicem interpellare potest. Ad *I. P. S. Lib.* II. *art.* XXVII. qui hic provocant, parum praesidii habent, cum textus doceat, eum de conductu *extra judiciali* ob diffidationes olim recepto, esse intelligendum, qui cum *judiciali* ex caussa *delicti* concedendo, nil commune habet. Hic ergo semper *expressus* esse debet: tacitum forum ignorat, adeo ut ne quidem cum Brunnemanno *c. l. c.* VIII. *M.* VI. *N.* XVI. asseri queat, citationem ipso facto ad minimum contra vim *partis laesae* aliquem conducere. Ea enim securitas non fluit ex citatione, sed ex legibus, quae vim privatam prorsus reprobant.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 21.

Definitio salvi conductus. Ex natura pacti interpretationem capit.

Definitio Auctoris claudicat, nec conceptum salvi conductus exhaurit. Plenius definiri poterit quod sit *pactum reciprocum, quo judex reo absenti, qui cautionem de judicio sisti praestat et pacifice vivere spondet, durante inquisitione donec sententia criminalis lata fuerit, securitatem a carceribus pro deducenda innocentia promittit.* Hunc conceptum praemittendum censui, ut constet de ratione *interpretandi* salvum conductum, quae ex regulis communibus *pactorum* mutuorum determinatorum est repetenda. Non enim tantum *reus* paciscitur, verum etiam *judex*, nec plus juris quam quilibet alius, qui *determinato* modo se obligat, sibi arrogare potest, sed in omnibus casibus, pacto hoc comprehensis, si fidem datam fallit, judicium pati tenetur, et sic aeque ac ipse reus perfide agere potest, ut Auctoris rationes. *N.* LVIII. et LXXIV. evincunt.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 29.

Non est regale sed actus jurisdictionis A Camera Imperii subditis statuum concedi nequit. Salva guardia.

Concessio salvi conductus, quia ad cursum *inquisitionis* promovendum tendit, sine dubio actus *jurisdictionis* est, *judici* inquirenti non *principi* proprius. Bluml. *art.* LXXVI. *C. C. C. N.* XXXVI. Wesenb. *Cons.* XXXIII. *N.* IX. Treutl. *Vol.* I. *Disp.* V. *Th.* VI. *lit.* D. nisi ubi legibus *provincialibus* aliud invectum, quod passim vel *absolute*, vel *certo modo* factum, docui in *Elem. jurispr. crim. S.* I. §. CLIV. Sic in *Austria* et comitatu *Tyrolensi* indistincte ad regalia pertinet, Froel. *ad C. C. C. p.* 80. Pariter in terris *Brunsvico Luneburgicis* Cancellariae Salvum conductum concedit, si coram praefectis inquisitio suscipienda. *Nobiles* contra illum ipsi suo Sigillo firmant. Eodem jure utuntur in *Bavaria et Episcopatu Salisburgensi*, ubi omnes praefecti in formanda inquisitione a nu-

tu regiminis provincialis pendent, nec proprio jure Salvum conductum dant, sed hic a regimine impetrandus. Cessantibus legibus provincialibus in dubio pro judice, plenam cognitionem habente, pronuntiandum, a quo, si denegatus, recursus ad superiorem patet. An ergo *judicia imperii* salvum conductum in praejudicium statuum indulgere possunt? Tentasse aliquando hanc concessionem Cameram, memini, ad instantiam rei, qui concessum semel salvum conductum armata manu violaverat, et novo salvo conductu petito, quia male moratus, et civitati noxius apparuerat, a domino territorii repulsam tulerat. Qua de re cum ordo Hallensis consulcretur, respondit, esse concessionem S. C. actum *jurisdictionis* criminalis, Camerae non competentis, factum a Camera in manifestam injuriam principis vergere, ob capitul. art. XV, et sanctionem *ordinationis camer. N.* II. *Tit.* XXVIII. §. V. Camerae nil amplius indulgere, quam, ut super *nullitatibus* et denegata justitia cognoscere possit, reperto ergo defectu, eam ad judicem ordinarium pro corrigendo vitio caussam remittere debere: at summum mandatum *promotoriale* ad principem, negantem. S. C. decernere, et urgere posse, ut is ad instantiam rei super quaestione an? cognoscat, ac sententiam extraneorum desuper conquirat, immediate vero eam S. C. reo dare non posse: integrum potius judici ordinario esse, non attentis hisce attentatis, prehensione rei jurisdictionem suam tueri. Ipsum Responsum habes apud B. PARENTEM *T* III. *P.* III. *Resp.* DCCCXXX. Ab ejusmodi Salvo Conductu differt species quam *salvam guardiam* vocant, qua universatis ac *indeterminata* securitas a superiore petitur et impetratur. Usum potissimum habet tempore *belli*, ubi metus violentiae semper est liquidus, nec ut de ejus demonstratione impetrans sollicitus sit, requiritur. Caussam ob et ad quam ea indiget, ante omnia allegare tenetur. Vaga petitio vel captiosa est, dum judicem constringit ad impingendum in ea, quae officio contraria, vel supervacua, si quidem nil periculi est, cur petitur. Rem ipsam plenius excussit MEV. *P.* III. *Dec.* CLXIX.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 33.

Salvus conductus reis non facile denegandus, non attenta criminis atrocitate.

Parum justitiae consulunt judices qui in concedendo salvo conductu nimis *difficiles* sunt. Non *criminis* qualitas, sed indoles *processus* ad indagationem criminis tendens, et necessitas *hypothetica*, quam per fugam ipse latitans producit, satis fundant ejus indulgentiam. Invertunt hoc plerumque judices, et ipsa *criminis* commissi *gravitate* abrepti ad dubia delabuntur, quorum nomine delinquentes saepe ad iteratas preces repulsam ferre solent. Vetus est cantilena quorumdam, gravitatem facti non ferre hanc indulgentiam, esse eam odii plenissimam, reipublicae vero inimicissimam, et quae sunt ejus generis alia, a qualitate

delicti in *abstracto* perpensi, mutuata, neglecta turpiter, quae in *hypothesi* necessaria erat indagatione, an aeque praesens reus ejus delicti, quod judices tantopere movet, revera reus sit, nec ne? Id enim unice in quaestione est, quoties quis Salvum Conductum petit, et a se delicti imputationem in totum vel in tantum amolitur. Ridicula est excusatio judicum v. c. in *parricidio*, pro declinandis precibus ad salvum conductum directis: *es sey gleichwohl Vater Mord, Bruder Blut*, antequam constat, utrum rei dolus, culpa, an alia causa gravans concurrat. Quasi vero casus vix dabilis sit, quo parricidae mollior poena imminere posset. Hoc modo revera reum in antecessum pro condemnato habent, et ex poena *liquidi delicti* ejus conditionem aestimant, ignari, an eam is revera subditurus sit. Pristina tenebrarum tempora, sub quibus talia principia nata, non miror. Circa praesentia vero obstupesco, mirorque, superesse hodienum subinde ejusmodi reliquias, per repurgatam jurisprudentiam naturalem non penitus dispulsas. Vestigium evidens suggerit *ordin. Polit. crim. Bavarica* quae in crimine *mordri, rapinae, diffidationis* nullum omnino locum assignat salvo conductui, quam mirum in modum temperare studet Bluml. *ad art.* CLVI. *N.* I. VII. Equidem plus utique ea in re indultum videtur *legislatoribus*, tanto minus vero *judicibus* ac JCtis connivendum, quoties sine lege certa ejusmodi doctrinis forum implent. Aliud eos docere posset *Art.* CLVI. Carolinae, ex quo reo ante incarcerationem nulla occasio ad defensionis deductionem praescindenda, sed ei contra vim *injustam*, qualem *denegatio* mediorum ad *defensionem* necessariorum constituit, salvus conductus concedendus. Cogitare debebant, I. Salvum conductum ad *preces* dari, emotae mentis vero eum esse futurum, qui nulla prorsus fiducia innocentiae motus, tales offert, seque dubio eventui processus criminalis exponit, praesumendum potius, eum utique momenta defensionis in promtu habere; eam solam inspectionem caussam *ambiguam* reddere; hanc circumstantiam vero ad audiendas preces sufficere, quum *liquidorum*, non *dubiorum* delictorum sit justum odium. II. *judicio* per salvi conductus indulgentiam prorsus non praejudicari, quin potius futurum, ut denegato Salvo conductu, reus latitando indagationem caussae, quam eo absente sisti oportet, *deludat*, contra, admissionem S. C. judicio ad *cursum justitiae*, veritatemque eruendam profuturam. Quod autem *probabilem* caussam habet, publicoque magis proficuum quam noxium est, cur tantopere declinandum, ego quidem non video; intrepide potius assero, salvum conductum petentibus sine mora regulariter concedendum, et sic circa quaestionem *an?* non facile ambigendum. Si qua *caussae cognitione* in ejus concessione opus, ea vel ad *cautionis* sufficientiam, vel ad *conditionem rei* restringenda, hoc effectu, ut nec sine idonea *securitate* expediendi judicii, nec *turbulentis*, et ad pacem servandam natura velut ineptis, temere mos geratur. Reliqua capita longiore inquisitione non indigent. Non multo aliter sentit Mev. *P.* I *dec.* III. *N.* II. III. *praestat, ait, iis quo-*

rum alias propter absentiam seu fugam copia non erit, facultatem secure veniendi atque se defendendi concedere,quam illa negata,crimen inultum relinquere, aut vindictam difficiliorem reddere.Etsi enim non desint contra absentes ac latitantes vindictae remedia, sunt tamen difficilia, nec semper cum exitu aut eo, quem poena requirit, effectu conjuncta. Quod si enim iis cum efficacia quadam locus esse potest, non tamen iis uti aequum, quando rei sponte se sistere ac defensione uti velint, modo secure possint.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 41.

Differentia inter defensionem pro avertenda et salvum conductum.

Defensionem pro avertenda hoc casu ex sententia plerorumque reprobari, constat. Quod, quamvis non adeo liquidum, nullum tamen, etiamsi admitteretur, argumentum subministrat, a rejecta defensione, ad denegationem S. C. concludendi, ob rationem *diversitatis* multiplicem. Ibi enim tanta ex *confessione* elicitur suspicio maligna, quanta ad responsionem ad *articulos* sufficit, quae sola indicio delicti verisimili nititur. Hic vero non tam indiciorum, quam *innocentia* favoris ratio habenda, remque *dubiam* esse sufficit. Illa, dum *famam* sugillat, non facile decernenda', salvus conductus vero magni favoris est, et facilius conceditur: illius admissio, reo quippe *praesente*, majoris arbitrii est, hujus concessio ob rei *absentiam* necessitate quadam regitur. Consentit Bluml. *c. l. N.* VI. fatetur tamen jure Bavarico a religione judicis pendere, utrum salvum conductum, *allein zum Rechten*, an *von und zum Rechten*, indulgere velit.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 45.

Momenta salvi conductus concessionem temperantia.

Si reus *praesens*, nil est, quod judicem ad medii hujus extraordinarii admissionem cogat, non innocentiae ratio, cujus deductionem ex *carcere* suscipere potest, non *processus* criminalis executio, cui tum nihil impedimento est. Suo potius jure utitur judex, qui reum *praesentem*, indiciis gravatum, *carceribus* mancipat. Justitia itaque petiti ab incarcerato salvi conductus, a quaestione, utrum reus carceris *relaxationem* jure perfecto urgere possit, dependet, quam regulariter quidem poena *communis* commissi delicti instruit, simul tamen *praesentis* facti circumstantiae determinant.Quid enim, si cum delicto in se *capitali* talia concurrant *innocentiae* vel *mitigandae* poenae argumenta, ut judex in antecessum de *leniori* sententia certus sit? num preces incarcerati negligendae? De fortioribus et certioribus indiciis loquor, in *dubio* enim queri non potest, qui hoc casu repulsam fert. Ita accipien-

dus Auctor *N.* LII. Par ratio est; si hominem seditiosum maleferiatum libertate sua abusurum verisimiliter apparet, quale exemplum habet B. PARENS *T.* III. *Cons.* MXCIV. *N.* XXI.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 54.

Novum delictum rei tollit salvum conductum. Quid de ignorato post S. C. emergente dicendum? male morato vix S. C. dandus. Potest plus vice simplici concedi.

Quod THEOD. *colleg.* crim. *p.* 1473. GRANZ. *c. l. P.* II. *p.* 84. *N.* LXXVII. LUDOV. *proc. crim. c.* III. §. XXI. tradunt, improbitatis, culpaeve *latioris* defectum in delictis *postea* commissis, non tollere vim salvi conductus, veluti si quis in rixam *subitaneam* inciderit, vel *defensionis* caussa vim alteri fecerit, in *hypothesi* fragile argumentum constituit, quia plerumque *altioris indaginis*, nec statim ab initio inquisitionis liquidum est, adeoque tum tantum prodesse potest, si reus jam incarceratus *relaxationem* petit, quae non deneganda, si de his constiterit. Ego potius distinguerem inter *nova* delicta, quae *per se* jus incarcerandi secundum praecedentem quaestionem fundant, vel non: priori casu perit salvus conductus, reusque detinendus ad minimum tamdiu, donec vel indicia removerit, vel dolum culpamve latam purgaverit. Nam saepe, homicidio in *turba* commisso, innocentissimi, qui *rixae* interfuerunt, comprehenduntur, mox, *veri auctoris* indiciis emergentibus, dimittuntur, quo jure merito is potitur, qui salvo conductu propter aliud delictum instructus, fato vel improvida curiositate cum rixantibus in carceres conjectus. Posteriori vero, veluti in *injuriis* verbalibus et realibus levioribus, non simpliciter beneficio salvi conductus privandus, nisi *poenae* caussa ad aliquod tempus eum carceribus mancipare, judici aequum visum fuerit, quo tamen casu ante omnia convincendus, et sic nimis a *festinata* ad vanas voces incarceratione abstinendum. Ita vero merito laudandus mos quorundam locorum, secundum quem S. C. instructo *armorum* gestatione penitus interdicitur, ut de Austria testatur *Ord. crim. Austr. Art.* XXVIII. §. III. Futura delicta accipio, quae *pendente* inquisitione perpetrantur. Quid ergo si quae antea admissa, sed *ignorata*, post demum emergant. Etiam hoc casu *captivatio* rei probanda, nec ulla ipsi injuria inferri intelligitur, quidquid demum, qui unice ex *formula* interpretationem repetit, in contrarium statuat GRANZ *de def. reor. P.* II. *p.* 84. *N.* LXXIV. Quum enim ad *ignorata* nunquam trahatur consensus, nulla quoque ratio est, cur contra communem *pactorum* indolem in hac *pacti specie* alia interpretatio facienda, tametsi verba ejus indefinita fuerint, quae ad speciem, cujus caussa indultus S. C. merito restringenda, ENGAU *Elem. jurispr. crim.* §. CCCXXXVIII. nulla facta distinctione, utrum emergentia delicta praesenti maleficio sint *leviora*, nec ne, dummodo per se ad *ca-*

stodiam qualificata fuerint, Froed. *P.* I. *p.* 83. Atque ita capio verba *Art.* LXX. et CLVI. *C. C. C. vor ungerechter Gewalt und weiter nicht*. Ea enim unice respectum habent ad *cognitum* delictum. Intuitu hujus judex, qui S. C. concedit, juri suo, quod leges ad comprehendendum reum suggerunt, se pro praesenti abdicavit, reoque liberum accessum promisit, consequenter fides *pactitia* comprehensioni eatenus tantum, non ulterius obstat. Accedit, quod omnis promissio clausulam: *rebus sic stantibus*, tacite annexam habeat, adeoque, quidquid hactenus latuit, sed ex post emersit, vix subintelligi queat. Alia, ab his diversa est quaestio, utrum reo turbulento, et in quem verisimillima *majorum* criminum cadit suspicio, salvus conductus concedendus? quam omnino nego. Nam non est minima pars *caussae cognitionis* in eo decernendo adhibendae, indagare, utrum reus civitati *noxius* futurus, et novae *improbitatis* committendae specimina editurus, ac terminos vitae sedatae ac pacificae servaturus sit nec ne? Priori, non posteriori, regulis juris et aequitatis decretum salvi conductus comprobatur. Quam ob rem in mores, studia, indolem et genium rei ante omnia inquirendum, et secundum haec, ne inter temeritatem et justitiam peccetur, cavendum. Usum potissimum haec observatio habet, si salvo conductu instructus ausu plane temerario, et inexcusabili improbitate *novum* crimen commisit, et post fugam de *novo* S. C. concedendo judicem interpellat, cui repulsam dare utique fas est, ut notabili exemplo illustrat Responsum JCtorum Hallensium, quod recitat B. Parens. *T.* III. *P.* III. *arg.* DCCCXXX. Nam indignus est legum beneficio, qui, propositum *alterius* peccandi nondum deposuisse, convincitur, et praestat ejusmodi maleferiatum procul abesse, ejusque facinora inulta manere, quam *iterata* indulgentia cumulum criminum, ad quae is natus videtur, in manifestam reipublicae perniciem promovere! Ita judicandum, si de *extrema* improbitate hominis deperditi constat. Nam ut omnis omnino iterati S. C. via praecludatur, suasor non essem, quum multa in se scelesta, ei, qui salvum conductum impetravit, durante inquisitionis tempore obrepere possint, in quae is non ultro, vel saltim non ex singulari animi improbitate ruit, sed variis ex caussis a *seditione*, vel *artificio* delinquendi alienis, incidit, quem potius audire, quam procul arcere, praestat.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 56.

Concesso S. C. nequidem per litteras subsidiales reus incarcerandus. A quo tempore effectum habeat salvus conductus? Barthius notatur.

En! usum interpretationis, quem ex indole *pactorum* communi Obs. II. commendavi. Fidem frangere, si in se turpe, nec id magistratui licebit, ne dum per *indirectum*, quod tamen fieret, implorato post S. C. concessionem, extranei auxilio, pro reo in carceres conjiciendo. Huic

vicina est quaestio, a quo temporis momento judici manus ligentur, utrum, quo pure *decrevit*, an quo sub *sigillo* authentico S. C. alteri transmisit? Nam etiam hic regulae *pactorum communes* fundamentum decidendi suggerunt, secundum quas ad perfectum negotium, et sic in pactis reciprocis ad *implementum* unius, a quo suspensa alterius promissio, respicendum. Parum has observavit BARTH. *Hodog. forens. p.* 888. qui a momento instrumenti reo, vel ejus mandatario *traditi*, initium computat, factumque judicis non improbat, qui ante hanc consummationem judicem *extraneum*, ut reum prehenderet, rogavit, tametsi concessionem S.C. jam decreverit. Mallem potius ad momentum praestitae *cautionis*, a quo judex promissionem S. C. firmatam suspendit, aut, hac mox realiter cum litteris supplicibus praestita, ad tempus, quo judex petitis *annuit*, respicere. Adest enim hic verum pactum, monente THOENNICKERO *advoc. prud. in for. crim. C.* VIII. *N.* XIX. in quo reus acquiescere potest, licet, cit. Auctor concedat *prudentius* acturum reum, qui verbis ore pro latis non fidit. Quo posito, manifestae *perfidiae* reus est, captumque mox dimittere tenetur, qui praetextu nondum *traditarum* litterarum originalium id sibi negotii sumere conatur, ut reum alibi *mediate* comprehendat. Scriptura enim tantum ad *probationem*, non ad essentiam pacti pertinet, nec verbis S. C. *Krafft dieses Brieffs* alia vis inest, quam qualem omnis scripta promissio sub hac clausula facta, continet quae a momento consensus interpositi effectum habet. Aliud dicendum, si negotio inter judicem, et mandatarium, S.C. urgentem, nondum consummato, intra tractatus, judex reo manus injecerit, quod probavit Ordo noster ante aliquot annos, ubi judex, qui petitis annuerat, reum moras in praestanda cautione nectentem, per requisitionem extranei captivum receperat. Alia enim est ratio pacti, alia tractatuum, negotiique imperfecti, quale in proposita specie erat promissio judicis sub *conditione* cautionis facta. Equidem excipiebat defensor, judicem, ex quo inter moras rei latibulum resciverat, *interpellutionem* sine fraude omittere non potuisse. Verum censuit ordo JCtorum talem indifferentiam *ad solertiam*, et prudentiam judicis pertinere, quae tantum abest, ut vitium conjunctum habeat, ut potius, quia a judice *suo jure* et ob *indicia* inter moras facta incarceratio, prorsus non impugnanda sit. Jura nostra *dolum bonum* admittunt *l.* 1. §. 2. 3. *ff.* de dol. quem si privatis permittimus, etiam magistratibus tanquam *licitam curiositatem* permittere debemus.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 64.

Tollitur vis S. C. vel ob rei confessionem, vel emergentia graviora indicia, non praecise post sententiam desuper latam. Idem de tortura decreta dicendum, non de purgatorio, vel confrontatione aut responsione ad articulos.

Tres hic emergunt quaestiones I. utrum praecise *sententia* requiratur, an vero *confessio* vim sententiae habeat? II. a quo *temporis* momenta hoc casu capturae facultas judici acquiratur. III. quid voce: *peinlich* veniat. Quod ad *primam* attinet, sine formali sententia judici manus ligari, putat Bluml. *c. l. N.* XVII. Fateor rationem, quod plerumque confessio rerum qualificata, vix pura esse soleat, eamque ob caussam, an et quatenus praejudicet, determinatione indigeat, admodum speciosam esse, et ad *regulam* pertinere. Interim uti judici inquirenti facultatem de eo cognoscendi imprimis in caussa plana, ac liquida non negaverim, ita eo casu illum non peccaturum credo, si mox post confessionem puram, ob praevisam indubiam poenam *graviorem* ad capturam procedit. Defensio enim, de qua *art.* CLVI. *C. C. C.* loquitur, tum ad reum nondum incarceratum pertinet, tum ex *carcere* fieri potest, et confessio, etsi non habeatur pro *judicato* ad effectum *poenae* sumendae, facilius tamen proderit ad securitatem imminentis poenae judicio procurandam, ut non diffitetur Auctor *N.* LXXXIII. Ex his principiis reum salvo conductu instructum, qui non quidem confessus, sed ex gravissimis supervenientibus indiciis *materialiter* torturae candidatus factus, non expectata sententia, in vincula conjectum narrat scriptum, cui titulus *Lips Tullians Leben und Thaten P.* V. *p.* 119. Sit, ut sit, non sine magna caussa hoc tentabit bonus judex, sed tutiore via contentus expectabit sententiam, salva *strictiore* circumspectione, ne interim reus solum vertat. De *altera* sequenti observatione agam. *Tertia* ex eo, utrum fugae metus judicato cohaereat, pendet. Eo enim vergit vox *peinlich*, quam de sola poena *corporis afflictiva* et *tortura*, vel *territione* accipiunt interpretes. Sin *levior* dictata, frustra ad carceres proceditur, etiamsi *relegatio* fuerit, quae per fugam non eluditur. Minus dubii res habet *juramento* purgatorio decreto, quod lubentius, quam optandum, vulgo subeunt criminum rei, tantum abest, ut ad fugam capessendam se ideo praeparare soleant. Major forsan circa inquisitionem *specialem et confrontationem* decretam ratio dubitandi emergit, quia utramque angue pejus effugere student criminis rei. Mihi tamen sufficit, quod fugae metus inde vix eliciatur, et quilibet reus qui S. C. petit, in antecessum sciat, caussam sine utraque vix definiri posse, sed utramque constituere medium *necessarium*, per consessum in finem, seu inquisitionem eventualiter praevisum, et probatum.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 70.

Lata sententia, criminali S. C. mox vires amittit, etiam ante decendium. Cautelae pro reo cui fatalis imminet sententia.

Ulterius progreditur Oldek. *contra Carpzovium Dec.* II. *Qu.* II. et *T.* III. *O.* XXVIII. *N.* XXI. Auctorisque sententiam etiam ad *inquisitorium* processum protendit, sed contrarium docuerunt Brunnem. *C.* VIII. *M.* VI. *N.* XXII. Ludov. *cit. l. Lib.* III. §. XVIII. quibus et ego calculum addo. Certe metus *fugae* hic tam manifestus est, ut sine gravissima oscitantia judex, inspecta sententia, reum in libertate morari, pati non possit, imo potius *latissimae* culpae reus fiat, si ob talem indifferentiam reus evaserit. Beneficium *appellationis*, quod hic obtenditur, non obstabit, quo minus ex carcere jura sua deducere, et futuram sententiam expectare possit, reus vero nemini persuadebit, quod apicibus processus communis utilitas, et regulae jurisprudentiae *naturalis* cedere debeant. Neque in *inquisitorio* processu solida *diversitatis* ratio adest, licet tum judici plus juris vulgo tribuant, sed ex falsa, quod is sit *summarius*, hypothesi. Unde in genere judici hanc facultatem indulget Puffend. *de proc. crim. c.* XI. §. *fin.* ut mox rupto *sigillo*, inspectaque tenore, curam conquirendi rei suscipere possit. Quae sententia optima ratione nititur, usque adeo, ut ne quidem *citatione* ad publicationem opus sit, sed *realis* apprehensio vicem ejus suppleat. De judice *suo jure* ad publicationem sententiae ab extraneis quaesitae procedente loquor. Sunt enim alicubi judices, qui non nisi ad *mandatum regiminis* sententiam publicant, eamque vel clausam, vel desigillatam illi antea offerre tenentur, quibus hoc casu, sine ejus jussu, facultas non competit reum prehendendi, ut de Austria testatur Froel. *ad CCC. P.* I. *p.* 82. Magis dubium, quid pro *reo* imminente fatali sententia capiendum consilium? Cautelae, quam suggerit Thoennicker *advoc. prud. in for. crim. c. l. N.* XXI. quod insertio clausulae urgenda, *biss was peinliches erkandt wird, und er solches abzulehnen nicht vermag*, mea quidem sententia potestatem judicis excedit, et sic non magis efficax est, quam *impunitatis* durante examine, facta *promissio*. Sunt qui *discessum*, ubi publicatio sententiae instat, reo suggerunt, eique, ut per *mandatarium* in termino compareat, et si sententia praejudicialis fuerit, ulteriorem defensionem petat, sin minus ipse se mox sistat, commendant. Neque diffiteor, reum, via hac electa, id obtinere, ne periculum ex infausta sententia imminens subeat, quod alias effugere nequit. Minus obstat, cepto hoc consilio, quod judex publicationem recusare et personalem comparitionem rei urgere queat. Aut enim *favorabilis*, aut *praejudicialis* est sententia: priori casu recusatio vix speranda, posteriori quidem facilius a judice tentabitur; hoc autem facto, tanto

verisimilius augurium reus capiet, eam non ex voto cessisse, consequenter hoc medio electo semper tutus erit.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 108.

Salvus conductus num juratoriam cautionem admittat?

Eamdem sententiam totidem verbis repetit Bluml. *C. l. N.* XXI. cui fragilitas *juratoriae* cautionis in genere suffragatur, suadetque, ut judex, quantum fieri potest, *fidejussoriam*, vel *pignorantitiam* ad certam summam urgeat. Quid vero si reus ob impossibilitatem alterutram praestare non *possit*, vel pecuniosus ob contumaciam praestare *nolit*, obtendens juratoriae sufficientiam? Posteriori casu tanto minus is audiendus, quanto magis, cujus illae sit indolis, ex hoc postulato apparet, adeoque satius est, tractatus cum eo ejusve procuratore rumpere, quam se cum homine temerario et nihil non imposterum ausuro committere. Priori vero, quia animi levitas cessat, *inopia* vero nulla caussa defensionem praecludendi idonea est, denique magis, qualem qualem cautionem admittere, praestat, quam factum indiscussum dimittere, oblata cautio *juratoria* merito admittenda Mev. *P.* I. *dec.* IV.

OBSERVATIO XII.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 130.

Quando stipulatio fidejussorum committatur.

Quoties exigenda cautio, omnis cura in eo posita, ut praecaveatur, ne judicium *elusorium* fiat. Hoc non protinus fit, ubi semel ac iterum contumax in non comparendo fuerit, adeoque non *quaevis* contumacia per se fidejussoribus fraudi est futura, sed ea demum, quae in *ultimo publicandae sententiae termino se* exerit, cujus rei consequens est, ut tum demum stipulatio fidejussorum committatur. Bluml. *c. l. N.* XXIII. Modo nec judici culpa imputari possit, quod, quum posset, in prehendendo cessaverit. Neque enim officium ejus ideo, quod fidejussores dati, prorsus quiescere, censendum est, quia hi hoc tantum fine dantur, ut eo *magis* judicio cautum sit, non ut judicem ad *socordiam* stimulent. Unde merito absolvendi fidejussores, si *prodito* rei latibulo, vel manifestata re integra *fugae* praeparatione, judex ei manus injicere neglexit, quemadmodum idem obtinet, si, reo ultro comparente, vel ob fatalem sententiam incarcerato, is ex *carcere* aufugit, ne ultra *intentionem* fidejussores obligentur, et negligentia judicis iis noceat, quod optime observat Barth. *c. l. p.* 881.

OBSERVATIO XIII.

AD

QUAESTIONEM CXII. N. 139.

Commissa licet ob contumaciam cautione, reus utique prehendi potest.

Alia est poena contumaciae, alia delicti principalis commissi. Illa determinationem suam unice ex *conventione* cum judice inita accipit, haec vero ex *legibus* propter *delictum* imponitur. Quumque hoc sola contumacia non extinguatur, consequens est, ut nec *poena ejusdem*, nec *processus* criminalis, pro indagando crimine comparatus, finiatur Brunnem. *c. l. C.* VIII. *M.* VI. *N.* XXV. Sive ergo judex ad processum Banni in Saxonia procedat, sive suspensa aliquamdiu inquisitione, suo tempore reum oblata occasione comprehendat, officio suo convenienter agit. Consentit Froel. *P.* 1. *p.* 33.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 14.

Utilitas examinis articulati. Initium specialis inquisitionis, num a incarceratione aut examine summario repetendum? Post responsionem ad articulos reus audit, inquisitus; gravatur ejus existimatio, ab officio suspenditur. Ob quae delicta decernatur suspensio? Quid examen ad puncta? quomodo ab articulato differat?

Examen ad *articulos* inquisitionales eo notabilius est, quo certius, ab ejus cauta, ac diligenti observantia omnes reliquas processus criminalis partes pendere. Non enim tantum facilitat *probationem* criminis, vel innocentiae, verum etiam suggerit, quid quantumve accusator, vel reus probare debeat, imo viam ad *confessionem* tanquam liquidissimam probationem parat. Tum, ubi ad media *eruendi veritatem* deventum, ex responsione ad articulos non tantum quid juramento, vel fidiculis elidendum, constat, verum quis *modus tenendus* sit, an sua responsione reus se gravaverit, vel judicii fidem innocentiae verisimiliter fecerit, inde addiscendum. In praesenti circa notabiliora examinis articulati hoc observo, quod hoc *specialis* inquisitionis initium constituat. Qui id ad *incarcerationem*, vel examen *summarium* referunt, vago, incertove principio moventur, cui nulla ratio sufficiens cohaeret. Ad hoc enim, ut inquisitio audiat

specialis, processum contra *certam personam* inchoatum, eamque de delicto commisso in *specie* interrogatam, vel contra eam quid decretum esse, non sufficit. Nam vix est, ut informationes *generales* conquirat judex, quin simul certam personam gravatam tangant, eumque in finem contra hanc quid decernatur, quum quaestiones, *an* delictum commissum, et *a quo,quibusve sub circumstantiis*, tantopere connexae sint, ut vix divelli possent. In specie quod *incarcerationem* concernit, ea saepissime contra certam personam confestim suscipitur,postea vero demum examen testium summarium, et, ut vocant *informativum*, succedit, quo casu specialem inquisitionem, quae non antecedit, sed succedit generalem, comminisci velle, paradoxon mihi videtur. Examen rei *summarium* vero non adeo conditionem rei facit pejorem, nec *singulares* effectus conjunctos habet, ob quos novum, odiosumque inquisitionis *specialis* nomen eidem tribuendum.In examine *articulato* haec omnia aliter se habent, et mira *status* ipsius delinquentis *mutatio* cum *singulari*, ante incognito, *praejudicio* emergit, cui proprius convenit, fatalem qui inquisitioni speciali cohaeret, periodum assignare, et sic initium ejus huc transferre. Enim vero I. reus, cui ante responsionem ad articulos *inculpati*, vel *denunciati* nomen fuit, postea *inquisitus* audit, quarum appellationum priores paulo *honestiores* sunt, posterior pro *odiosissimu* habetur, certo indicio, praejudicialis periodi initium, ejusque denominationem vix convenire actibus ante hoc examen susceptis. Neque tamen existimandum, hoc argumentum a solo *verbo*-*um* sono, et mero hominum praejudicio desumtum, parum concludere.Nam appellatio, *inquisiti*,etiam suos *effectus* habet, et ipsa hominum de ea opinio, non mero praejudicio, et vana imaginatione nititur, sed constat suo fundamento, ex *fama*, qua male audire incipit, qui ad articulos respondit, repetenda. Eadem haec mala fama II. *novum* effectum non generali, sed speciali inquisitioni proprium constituit, ad *infamiam* quidem non pertingentem, bene tamen ad *gravatam opinionem*, a qua exclusio a *collegiis opificum* et difficultas ad *honores* adspirandi, pendet. Agnoscunt hanc maculam MENOCH *de praesumt. Lib.* I. *Q.* LXXXVIII. *N.* IX. CARPZ. *Qu.* CVIII. *N.* LXII. BEYER. *ad art.* VI. *C. C. C. Pos.* V. HEILS *C.* III. §. XVII. moti imprimis hoc argumento, quod nemo ad inquisitionem specialem trahatur, nisi *indiciis* delicti probabilibus gravatus, quorum is absque *dolo* vel *culpa* vis reus fieri potest, quaeque sua natura non possunt non *dubiam* existimationem, *maculae* simillimam, reddere. Unde Scabini Lipsienses opificem ab exercitio opificii propter decretam inquisitionem specialem *suspendendum* esse responderunt apud STRUVIUM *in decis. jur. opific. dec.* XX. His accedit III. personarum, si honoratiores, et in dignitate constitutae fuerint, ab officio publico *suspensio*, ut nec clerici in hac sorte constituti, cathedram sacram conscendere, nec laici collegio, in quod cooptati, interesse, aut alio quocunque officio fungi possint, imo quod maximum est, *salario* interim carere teneatur. Equidem vulgo distin-

guunt inter delicta *extra officium*, et in ejus *administratione* commissa, et suspensionem tantum ad posteriora restringunt, Stryck.*de susp. ab officio* C. III. N. XLII. Wernh. P. III. *obs.* LVIII. Neque diffiteor, in his posterioribus speciebus *peculiarem*, imo multo majorem concurrere rationem, scilicet, ne reus alioquin occasionem nanciscatur, ulterius officio, quod gerit, abutendi. Ea vero sola ad restrictionem mihi non sufficere videtur, si verum est, maculam, et *gravatam* per imputatum delictum *opinionem* causam tum indignitatis, tum specialis inquisitionis, cumque ea connexae suspensionis constituere. Fac, reum ob homicidium aut adulterium, quorum neutrum cum officio, quod gerit, publico connexum est, inculpari. Ego valde dubitarem, utrum, decreta speciali inquisitione, homo tantopere gravatus, ac maculatus, administrationi officii, antequam indicia purgaverit, vacare possit. Nam *macula* est vera, et proxima causa, qua durante effectus perdurare debet. Plane si rationes a gravitate officii desumtae concurrunt, et indoles delicti grave *scandalum* producit, ut contingit, si ecclesiae minister criminum *carnis* insimulatus fuerit, tanto minor ratio dubitandi superest, quin tantisper, donec causa finita, ab administratione ejus abstinere debeat. Interim, quia haec res gravissimi praejudicii est, non sine *magna causa* ad eam procedendum, sed tum demum, si reus antea *summarium* examen subiit, nec responsione sua elidere, aut debilitare indicia sibi obstantia potuit, quia ita illa eo magis firmantur, praetensae innocentiae vero multum decedit, cujus alioquin, si vera fuisset, hoc ipso examine fidem judici facere potuisset. Tum tale ad minimum delictum requiro, ob quod post convictionem actualis *remotio* ab officio verisimiliter decerni potest, Mod. Pistor *Vol.* I. *Cons.* XXVI. *N.* LIV. Mev. *ad jus. Lub. Lib.* I. *Tit.* VII. *A.* V. *N.*XIX. Hac enim non imminente, nihil est, quod justitiam *suspensionis* ex sufficienti ratione tueri posset. Denique ejus effectum ad *actualem*, non tantum *decretam* responsionem restringo, quia reus ulteriore *defensione* contra sententiam fruitur, quae omnia in suspenso relinquit, donec constet, utrum pinguiorem sententiam contra articulatum examen sit obtenturus, nec ne? His tribus effectibus responsioni ad articulos propriis adhuc addo IV. quod uti illa, quae hanc antecedunt, a judice etiam *civili* valide sucipi possunt, ita e contra haec tanti momenti habeatur, ut nemini nisi, ei, cui *criminalis* jurisdictio competit, tribui queat. Heils c. III. § I. consequenter eidem quid inesse oporteat, cui appellatio *specialis* inquisitionis longe convenientior est, quam aliis actibus judicialibus, et a judicii civilis potestate non prorsus alienis. Ceterum vel sola haec *mala* ex inquisitione speciali imminentia merito monere debebant judices ac Jure Consultos, ut in decernenda ea non nimis festinanter agerent, sed paulo *difficiliores* essent, quum nullius, ne quidem crimine contaminatorum *existimatio* temere labefactanda. Usus hujus observationis tunc potissimum se exerit, si criminis rei in aliqua *dignitate* sunt constituti, et de periculo existimationis valde

conqueruntur. Tum enim his optime et more judiciorum moderno JCti consulunt, quoties verba in *factum* temperant, et omissa horrisona *inquisitionis* voce, mitiorem, videlicet, *investigationis*, vulgo *eine Unterſuchung* substituunt, vel reum ad certa *puncta* respondere jubent, quod salva utilitate publica facere possunt, quum veritas rei non magis articulato, quam hoc examine eruatur, et sic idem finis, ast modestiori ac leniori via obtineatur. Interim ut judex honestatis officium vere expleat, nec sola *specie* ipsi satisfacere videatur, puncta ab eo ita concipienda esse reor, ut *vera* et *realis* discrepantia ab *articulis* iis insit. Quem in finem sufficit si *numero* pauciora, ad facti tamen *potiores* circumstantias directa, quum e contra articuli latius vagentur, et momenta e longinquo repetita, ac plerumque parum pertinentia comprehendere soleant. Tum, quae in articulis solemnibus sunt quaestiones *generales* circa *nomen*, *aetatem*, *vitae* rationem et similia, hic prorsus omittendae, et solae *speciales* retinendae. Atque hoc demum modo ostendendum, aliter agi cum turba improborum, aliter cum secta eorum, qui vitae honestatem profitentur. Ita aliquando judicavimus pro reo contra quem pronunciatum erat: *Dass er Punckts Weise zu vernehmen*, judex vero insignem multitudinem quaestionum sub eadem, quae in articulis servatur forma, coacervaverat, et sola nominis mutatione apposita, sententiae satisfecisse sibi persuaserat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 22.

Utilitas examinis articulati, ejus differentia a summario.

Utrum ex articulato examine *maturior* litis expeditio quam ex summario speranda sit, aliis, qui laxiores inquisitionum moras ex rerum forensium argumentis norunt, dijudicandum relinquo. Mihi saltim Carpzovius id nunquam persuadebit, quum admissis semel articulis, quos in *numerum* certum cogere impossibile, excessus in multiplicatione, qui inquisitionis perpetuitatem alit, evitari nequeat. Interim servat praxis examen articulatum, idque summario multis modis praefert. Illius enim *judex*, hujus *reus*, effectu spectato, est arbiter; illud *determinatam*, hoc plerumque *vagam*, aut insufficientem responsionem producit; in illo ad *voluntatem* judicis reus distincte respondere cogitur, in hoc totam depositionem ad id, quod sibi *conveniens* visum, dirigit, et notabilia vera dissimulat, inutilia vel impertinentia miscet.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 27.

Curam innocentiae judex habeat necesse est. Articuli quatenus ad momenta defensionis dirigantur. De sociis rei interrogandi.

Hunc in finem necesse est, articulos non tantum ad circumstantias in inquisitione generali coacervatas, et delictum, ipsumque delinquentem indicantes dirigere, verum etiam ad eas, quibus momentum *defensionis* inesse judici visum, ut recte censet PUFFEND. *c.* XIV. §. XII. Vulgo judices suarum partium esse credunt, priorum tantum curam habere, posteriora vero allegationi *reorum* relinquere, sed pessimo exemplo, quum officium ejus non modo ad *convincendum* reum, sed ad *veritatem* rei eruendam pertineat, quae aeque *innocentiam* comprehendit. Aliud est, *defensoris* specialis officio fungi, quod a judice alienum aliud *occasionem* exculpationi praebere, nec quidquam, quod reo proficuum esse potest, et a quo veritatis indagatio pendet, in examine caussae criminalis omittere, quod judex, quem a partio studio alienum esse decet, merito observat. In specie duo *interrogatoria* commendat. FROEL. *P.* I. *p.* 95. *N.* 11. *Was ihm zu der That bewogen? Was er zu seiner Entschuldigung anzu fuhren habe?* posterius huc directo tendit, prius aeque, licet per *indirectum*, quum causa *movens* in genere ad qualitatis delicti indagationem pertineat, ut quo ea est improbior, vel ob imbecillitatem humanam excusatior, eo atrocior, vel remissior poena applicetur. Ceterum *pertinentibus* articulis eos quoque accenseo, qui socios tangunt, quum paucissima delicta sine his committantur, plerumque alii consilio, operave, delicti fiant participes, sive vera animi *improbitate*, sive *libidinosis* actionibus delictum absolvatur. Unde non tantum in *furto*, *rapina*, verum etiam in *stupro*, *adulterio* similibusque utilis est interrogatio. *Wer ihn dazu verleitet, oder Rath und That an die Hand gegeben?*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 38.

Dolus bonus in judicio criminali licitus. Suggestiones improbatae. Ob insignem contumaciam, vel defensionis causa facilius tolerantur.

Simulatio et dissimulatio dolo inest, qui prouti *bonus* vel *malus* audit, utramque legitimat, vel reprobat. Circumvenire, fallere innocentem, ei laqueos aequivocis quaestionibus ponere, modo ut ejus confessio actis inseri possit, leges non magis, quam manifestas concussiones ad responsionem voluntati judicis conformem, probant. Contra ea simulatio, qua reus aliunde *gravatus*, tanto magis veritatem sponte profiteri provocatur, omni modo licita, et *solertiae, acuminis*, ac *prudentiae* argumentum est, quum solertem eum dicamus, qui consilio pollet, et in

omni re *prudens* est, Celeb. Otto *de dolo bono c.* 1. §. V. Ipse imperator *Art.* I. *C. C. C.* virtutibus judicis accenset *prudentiam*, seu cautam officii judicialis executionem, qua inprimis opus contra reos *callidos*, qui multifariis artibus veritatem conturbare solent. Simulat saepe judex palam, dum reum contumacem examinat, socios jam confessos fuisse, et de delicto sibi omnia nota esse, quae tamen cum ignarissimis scit, modo, ut pertinaciam frangat, reumque ad spontaneam confessionem tanto magis inducat, qui omnino non peccat, sed officio suo convenienter agit, licet aliud visum Froelichio *P.* I. *p.* 89. Bluml. *ad art.* C. Falsum hoc non *nocivum*, sed utilitati publicae *proficuum*, adoque ab omni vitio alienum est.

Magis articulis vitiosis accenseo, qui *suggestiones* continent, a quibus merito sibi cavere debet judex; ut docuit de Coccеji *de jure suggest. c.f.* Ne scilicet *circumstantias*, quae ad ipsius delicti executionem pertinent, reo suggerat, sed earum narrationem ab hoc expectet, *art.* LVI. cujus juris ratio non in eo posita, quia, si judex ex sua opinione vel scientia circumstantias proponit, reus iis statim annuere potest, ut eo citius se expediat, ceu Manzio visum, multo minus, quia non constat, utrum reus circumstantias suggestas recte perceperit, dum in tanto *terrore* animus ejus ad quaesita non satis attendit, sed distrahitur, ceu Beyer *art.* LVI. *Posit.* VII. existimat. Uterque enim metus, si de singulis circumstantiis *specifice* articuli concipiuntur, inanis est. Prior mihi videtur, quia *veritas confessionis* semper *ambigua* manet, de qua judex alio modo persuaderi nequit, quam si circumstantiis ex depositione testium cognitis, ultronea confessio rei accurate respondet, quo demum casu in sua opinione acquiescere potest, ut recte rationes subducit Froel. *P.* I. *p.* 93. Unde reus semper *generaliter* interrogandus, *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando* non specialiter: *Ob Inquisit nicht den ersten Angriff gethan? ob er den Entleibten nicht überfallen? ob er ihn nicht mit seinem Brod-Messer im Unter-Leib gestochen?* Idem circa quaestiones ad *socios* directas observandum. Illi enim a judice non *nominandi*, sed a reo recensendi, et exquirendi. Quod recta *ratio* multo magis suadet, quia hic simul de praejudicio *tertii* agitur, ob *art.* XXXI. *C. C C.* Non tamen sub hac prohibitione continentur suggestiones ejusmodi circumstantiarum, quae *aliunde* satis liquidae, vel demonstratae sunt, aut quoties de manifesta rei *pertinacia* in dissimulatione earum constat, Puffend. *Proc. crim. C.* XIV. §. V. Stryck. *de jur. suggest. C.* IV. *N.* LXXV. Froel. *ad C. C. C. P.* I. *p.* 94. Tunc enim maxima cum utilitate quaestionibus generalibus *immediate* subjiciuntur speciales, ut reus, qui forsan omnia adhuc in obscuro esse sibi imaginatur, his ipsis specialioribus propositionibus tanto magis, suspicionem contra se coeptam non *vanam*, sed *proditam* causam esse, resciscat, et hac via tanto facilius ad confitendum inducatur. Praeterea *conditio* personae delinquentis usum suggestionum temperat. Facilius enim admittuntur, si homo *stupidus, fatuus*, difficilius si vafer, callidus,

astutus fuerit. Tum re aliquali confessione firmata, facilius *speciales* circumstantias de cohaerentibus, et cum illa verisimiliter *connexis* formare integrum, de COCCEI *c. l. c.* V. §. XXV. An *defensionis* caussa suggestio facti permissa? quaerunt. Affirmativam qui tuentur, cum ob *favorem* defensionis, tum ob *art.* XLVIII. *C. C. C.* qui talem suggestionem clare inculcat, ita sentiunt. Enim vero ille nuspiam tam privilegiatus est, ut regulas in jurisprudentia universali fundatas vincat, hic vero manifeste de reis *stupidis*, bardisque loquitur, qui ob rusticitatem manuductione indigent, et sic paulo indulgentius tractandi, quam quorum *calliditas*, ac fallacia suggestiones facile in abusum trahere potest. Itaque ex mente caesaris, ne quidem eae interrogationes speciales, quae circa *defensionis* momenta versantur, *astutis* proponendae.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 41.

Examen ad articulos a solo judice sine assessoribus susceptum nullum: utrum judex extraneus hanc exceptionem ex officio suppleri possit? Protocollum ab actuario scribendum, ab assessoribus, non reo subscribendum.

Quidquid cum reo in judicio criminali agitur, et in scriptis consignatur, in *pleno*, ut ajunt, fieri debet. Atqui imperator judicium sine *triplici* ordine constitui non posse, edixit *Art.* I. *C. C. C.* Ex quo profluxit art. CLXXXI. ubi in specie de examine rei agitur, additurque, *und soll alles dieses zum wenigsten vor dem Richter zweyen des Gerichts geschehen, und die Beschreibung durch den Gerichts—Schreiber geschehen*, cui jus Saxonicum adhuc superaddit, ut *Actuarius* simul *Notarius* publicus sit, et sic eo major integritatis ac peritiae praesumtio pro eo militet, KAYSER *Pr. crim. C.* I. §. XV. Habes itaque formam criminis rite suscepti, cujus ratio non in mero *decoro*, vel solemnitate actus judicialis, sed in eo quaerenda, ut praecaveatur, ne unius hominis captiosis, vitiosisque quaestionibus, aut concussionibus reo injuria fiat, sed is in praesentia plurium examinetur, inter quos, quia impudentiam et temeritatem unius alterius praesentia temperat, difficilius in fraudem rei quid fieri potest. Unde non ferendus est abusus in judiciis nobilium, quo unius judicis, qui officio *actuarii* simul fungitur, fidei relinquitur conscriptio protocolli, absque ullis rei gestae *testibus*, vel assessoribus. Etsi enim in caussis civilibus id admitti queat, quoties tamen inquisitio tanquam res *ardua* formanda, semper assessoribus in hunc finem electis, et *juramento* ad hanc actum obstrictis, opus erit. Multo minus probanda inquisitio assessoribus ordinariis non *convocatis*, a solo judice ex mera desidia suscepta, sed periculo *nullitatis* subjicitur. Unde formula hoc casu pronunciandi;

Dass die inquisitio gestalten Sachen nach zu cassiren und aufzuheben, inquisit vor gehegter or-

dentlichen Gerichtsbanck, *welche laut Kaiser Carl des.V.Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung mit einen Richter,zwenen des Gerichts, nebst einen Gerichts-Schreiber zu besezen, anderweitig zu vernehmen, sein Antwort ad acta zu registriren, worauf alsdenn nach anderveitiger Verschickung der Acten ferner ergehet was recht ist.*

Defendit eam sententiam Berg. *El. crim. P.* II. *Obs.* CXCV. et in eamdem ivisse JCtos Hallenses, ex actis transmissis recordor, ubi de duabus quaestionibus litigabatur. I. utrum *nullitatis* poena ex legibus defendi posset? II. si ea locum habet, utrum haec exceptio a *reo* vel *defensore* expectanda, an a judice ex *officio* suppleri posset? Quoad priorem quidem constat, *poenam nullitatis* diserte nullibi in legibus fuisse praescriptam, sine qua circumstantia inquisitio, etsi parum convenienter suscepta, non *temere* prorsus rejicienda; sed urgebat ordo JCtorum verba cit. art. *zum wenigsten*, quibus *implicite* nullitas negotii comprehenditur, quaequae sine omni effectu forent, si absque nullitatis metu judex solus talia tentare posset. Circa alteram movebat, reum delictum *confessum*, nec unquam de injuria sibi a judice facta questum fuisse, aliam autem rationem esse rei in confessione ingenua permanentis, nec judicem injustitiae insimulantis, aliam rei *negantis*, aut confessionem *revocantis* praetextu exceptionis inordinati processus. Priori casu omnem perversae voluntatis praesumtionem cessare, et sic durum videri, vere nocentem ob solas regulas *processus* neglectas ad iteratum examen trahere, moramque finiendae caussae injicere velle; posteriori vero reum, qui ad injuriam provocat, audiendum, et rite de caussa tam ardua cognoscendum esse. Atque his rationibus moti JCti Hallenses admissa inquisitione in causa substrato reo poenam quam promeruerat, extraordinariam dictarunt. Interim non diffiteor, judicem aliquando ex *officio* de nullitate statuere posse, si ex ipsis actis de suggestionibus, concussionibus, similibusque excessibus in examine admissis, ex tenore quaestionum aliarumque registraturarum constat, reusque ob *stupiditatem* de propria salute non adeo sollicitus est. Nam sic *fraudis* suspiciones utique emergunt, de quibus judex cognoscere potest, ac tenetur, quia ejus est, *secundum acta* judicare. Ut itaque de eo certo constet, opus est, ut quae et quot personae ex judicio *praesentes* fuerunt, in protocollo annotetur, imo, quod consultius, assessores illud *subscribant*. Inde enim fides contentis conciliatur, non ex *rei* subscriptione, quae tanquam cautela *abundans* alicubi exigitur, plane in terris Luneburgicis examen ex sola *judicis* et *actuarii* praesentia absque assessoribus in praefecturis sustineri, testis est Puffend. *c. l.* §. XIV.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 42.

Responsio rei jurata esse non debet, ne quidem si de sociis examinatus.

Mores judiciorum Tyrolensim et Austriacorum servant usum *juramenti*, quam primum reus non de facto *proprio*, sed de correis ac sociis interrogandus est, eumque pro aris et foris defendit Froel. *P.* I. *p.* 96. quasi reus in hac relatione personam *testis* sustineat, cujus absque juramento nulla fides. Verum hocce juratum examen, quocunque demum respectu id suscipiatur, recte damnat Bluml. *ad art.* XXXI. *in f.* tum quia utraque qualitas *testis*, et *complicis*, in eadem persona, ita cohaeret, ut separari nequeat, et sic perpetua inhabilitas ad juramentum exigendum adsit, tum quia caussa sociorum et ipsius delinquentis *eadem*, consequenter idem utrinque periurii metus subsit. Neque Froelichio prodest restrictio ad eum casum, quo nominatio sociorum *nominandi* haud *nociva* est, veluti si ipse *proprium* delictum plene *confessus* est. Nam *infamia* ex proprio delicto contracta, eum *absolute* arcet a testimonio in *tertii* praejudicium ferendo, nullo habito respectu, utrum ipse inde incommodum sentire possit, nec ne, et quae de purganda per *fidiculas* infamia referuntur, ad aniles fabulas, non solidas, quae virum bonum decent, rationes pertinent.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 43.

Usus minarum in judicio criminali.

Usus *minarum* in examine adhibendarum in se non illicitus, sed potius diserte permissus *Art.* XLVI. *C. C. C.* ibi: *auch mit Bedrauung der Marter besprachi werden.* Suadent hunc mores pleruinque reorum perversi, rudes, et maxima cum animi obstinatione mixti, quibus nisi per *minas* obviam iret judex, omnino actum ageret, et frustra de veritate eruenda laboraret. Quam ob rem Auctor de *injuriosa criminatione* unice accipiendus, qualis est non modo, quae crudeliter, et vultu ad terrorem composito, interponitur, verum etiam, quae nimis *festinata* est, sive quod corpus delicti adhuc in ambiguo sit, sive quod *singulares* praesumptiones contra reum deficiant, sive quod omnia indicia a solo examine *summario* dependeant, nec aliunde de vestigio criminis a *reo* perpetrari constet, quia *inconstantia* testium, quoties asserta juris jurandi religione confirmare jubentur, saepe ex post facto docet, *tormenta* in casu proposito exulare. Nec enim, ut observat Kressius *ad cit. Art.* §. XII. judex *juste* minatur, ubi ipse de *jure* minas *exequendi* nondum certus est. Omnium minime minae tales objici possunt 1) *honestioribus*, quoties eorum placida et verecunda est responsio, nullo *contumaciae*,

vel *impudentiae* vitio inquinata. Prorsus superfluae autem sunt 2) in iis delictis, quae mere *arbitraria* poena vindicantur. Exemplum notabile cassatae *confessionis* vi metuque per *injuriam* extortae habet WERNH. *P.* III. *Obs.* CX.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 51.

Injusta spes impunitatis a judice facta. Quid si ob eam reus confessus sit? Quid si evidentia facti succedat?

Circa usum hujusmodi promissionis non conveniunt eruditi. Sunt, qui huic *absolute* contradicunt, ut BRUNNEM. *de proc. inq. C.* V. *M.* I. *N.* LIII. et Zelota OLDEKOP. *Tit.* IV. *Obs.* XVIII. Sunt e contra, qui eam sub *doli boni* specie defendunt, nec, veritate criminis per confessionem rei manifestata, *poenam* imponere ambigunt FINCKELTH. *Obs.* CIII. LUDOV. *proc.crim.C.*V. §.IX. Sunt denique, qui in criminibus *occultis*,quae, ut detegantur, reipublicae quam maxime interest, non tantum hanc cautelam *commendant*,verum etiam *fidem* datam *servandam* esse, perhibent. BRUNNEM. *c. l. N.* LVIII. *de* COCCEJI *de jur. suggest. c. l.* §. XIX. FROEL. *P.* I. *p.* 88. Ego in hoc dissensu non uno eodemque modo pronuntiandum, sed *distincte* procedendum esse reor. Aut enim in *abstracto* de justitia hujus promissi lis est, aut in *concreto* de effectu *confessionis* a reo hoc modo extortae, quaeritur. *Priori* casu nihil emergit, quod suadere, aut excusare posset hanc examinis rationem, quia manifestum continet *mendacium*, et facillime *fraudi* esse potest vere *innocentibus*, ut taedio carceris, quae non commiserunt, fateantur, judicem vero *boni viri* officio fungi oportet, a quo, in rebus seriis fucum facere, et ab *integritate* cum periculo *tertii* discedere, quam sit alienum, nemo non videt. Nisi forsan *salus* publica in re trepida, et crimine atroci nondum *consummato* talem promissionem extorqueat, tanquam medium *extraordinarium*, expiscandi, quod confestim scire interest, ut re *integra* praecaveri eruptio imminens infeste machinationis possit, ubi facilius *impunitas* promitti potest, et servari merito debet. Solum crimen atrox per se non sufficit, nisi simul sit *periculum in mora*, hac enim deficiente,ad summum Princeps consulendus, num in consueto hoc remedio ad elicendam veritatem uti liceat. Posteriori casu vero etsi *judex* peccet promittendo, quod in ejus *potestate*, salvis legibus, non est positum, non ideo tamen isto vitio *veritati* praejudicatur, aut reus a poena promerita liberatur, si *evidentia facti*, et convenientia vestigiorum confessionem legitimant, sive reus spe veniae frustratus in confessione nihilominus permaneat, et quasi de *novo* confiteatur, quod dubio omni caret, sive eam *revocet*, et quod in confessione antea fuit vitium, ipse deluat. Nam revocatio ei tunc demum prodest, si confessio antecedens est *nuda*, et *sola* fide confitentis sustinetur, quia confitens tum hoc ipso non alia de causa, quam spe *impunitatis* se antea confessum fuisse testaur. Contra nil

operatur revocatio tunc, quoties de *veritate* rei aliunde constat.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 53.

Cautelae circa annotationem depositionis a reo factae. Necessitas praelectionis.

Si oscitantiae et pervicaciae *actuariorum* miseros exponere, incivile est, merito hoc Auctoris monitum in mentem revocandum. Quo etiam pertinet, ut nec verba *aequipollentia* substituat actuarius, nec depositionem diffusiorem *contrahat*, tametsi *obscura*, et stilo *rustico* prolata fuerit, sed uti recitata, protocollo inserat. Hoc solum judici permittitur, ut durante examine, quid per verba ambigua intellexerit, exquirere a reo possit. Brunnem. *N.* XCIV. Hinc expedit I. ceu alicubi moris, judicem asserta rei palam in calamum actuario *dictare*, nec ea hujus fidei committere, quem vel desidia a recto tramite avocat, vel longior ac diffusa rei oratio facile confundit, quo minus duplici officio *percipiendi*, et *scribendi* fungatur. II. praelectionem finito examine addere, quo, si in alterutro actuarius reum recte assecutus non est hic *errorem* corrigere, et mentem ulterius declarare possit, quod pro *variatione nociva* non habendum. Necessitatem hanc tanto majorem asserit, Puffend. *A.* I §. XXX. quo certius eamdem ordinarie in civilibus fieri debet.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 60.

Contumacia non vel non rite respondentis. Media huic obviam eundi. Tortura ob hanc applicata. Quid si reus litterarum recognitionem detrectet? Quid si morbum, surditiem affectet?

Parum refert, sive reus *plane* respondere detrectet, sive non *cathegorice*, sive non *ad rombum*, judicii eludendi causa, respondeat, de quo posteriori casu habes exemplum contumaciae sacrae, in *ministro ecclesiae*, variis cavillationibus quaestiones judicis sibi factas eludere studente apud B. Parentem *T.* I. *Cons.* CVI. Utrobique media ab Auctore allata rationi juris optime conveniunt, ut plenius evicit Barth. *de commin. sub poen. conf. et convict. in civ. et crim. C.* II. et Parens *de contum. non respondet. C.* II. Cum enim contumacia ulteriori *inquisitioni* viam non praecludat, in causis criminalibus vero probatio *luce meridiana clarior* requiritur, sola poena *confessi* et *convicti* in universum hic applicari nequit, Clasen *ad Art.* LXII. *C. C. C.* sed opera danda, ut durioribus mediis contumax sapere cogatur. Froel. *P.* I. *p.* 104. Quorum usus, uti in se justus, ac licitus, ita *ordine* justo temperatur, secundum quem per *gradus* cum reo pertinaci eundum, et is ante omnia *carceribus*, iisque subinde *durioribus*, tandem conti-

nuata contumacia, ut sic in subsidium *fidiculis* ad confessionem adigendus est. Brunnem. *c. l. N.* LXXIX. Hos solos gradus agnosco, nec iis quaesitam a reo *dilationem* ad responsionem accenseo, aut eam concedendam existimo, quia facta improba vix oblivioni traduntur, praeterea praescindenda occasio, qua se ad mendacia praeparare potest. Utrum tortura hoc casu moderata esse debeat, uti Harprechto *Vol. nov.* C. LXXXIII. *N.* CI. visum, non adeo liquet. Licet enim ob *contumaciam* imponatur, haec sola tamen a crimine *principali* divelli nequit. Quod si ergo hoc atrox, cumulusque *indiciorum* in promtu fuerit, tanto *gravior* praeparanda tortura, quanto insignior per contumaciam ad crimen principale sit accessio: quod, dum *medium* torturae gradum probat, non diffitetur Ludov. *proc. crim. C.* V. §. XIII. Ipsa tortura tamen hoc casu proprie non medium veritatem eruendi sed frangendi *contumaciam* in non respondendo constituit, cujus rei consequens, ut I. Interrogandus sit: *Ob er gehörig antworten*, non, *ob er bekennen wolle*. II. ut suscepta responsione reus omnia *negare* possit, nec hoc facto aliter quam mediante nova sententia ad cruciatus raptari possit. Ceterum in eumdem prorsus modum contra eas proceditur a) qui *litteras* a se conscriptas, quoties in iis argumentum criminis commissi latet, recognoscere recusant, nisi quod ad augendos torturae cruciatus ante omnia *comparatio litterarum* institui soleat. B. Parens *c. l.* §. XXXII. b) qui simulatione *morbi*, *surditiei*, *impotentiae animi*, *infamiae*, *melancholiae* examen eludere tentant, quatenus de fraude convicti. Quod quomodo fieri debeat, late tractat Oldek. *T.* III. *Obs.* XXI. *seq.* Rectius tamen ea in re ad judicium *medici* confugit Puffend. *c. l.* §. XXVIII.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM CXIII. N. 64.

Examen surdi et muti, vel qui linguam judicii non callet, quo modo suscipiendum. Scripta responsio vix permissa.

Aliud omnino obtinet, si reus tanquam mutus *loqui* nequit, sed *scribere* potest. Quod si vero litterarum imperitus, vel *natura* mutus fuerit, curiosa circumspectione, ac dexteritate pro confessione eruenda opus, quia per *signa* et *nutum* omnia expediuntur. Quem in finem adhibendi interpretes *jurati*, signorum istorum ex frequenti cum reo conversatione periti, qui quaestiones reo per signa suggerunt, signatam ejus responsionem recipiunt, receptam denique verbis judicio interpretantur. Insigne specimen industriae judicialis ea in re exhibent acta occasione famosae, sed magna circumspectione peractae inquisitionis contra surdum et mutum natura talem conscripta, cujus occasione commentatus est Kress. *vom Recht der taub und stumm gebohrnen*. Eadem quoque via incedendum cum iis, qui *linguam* in judicio *vulgatam* ignorant, *et peregrinam* tantum callent, quorum responsio in illa lingua, subjuncta a juratis interpretibus *versione pro-*

tocollo inserenda. Brunnem. *c. l. N.* LXX. Granz. *de defens.* reor. *C.* V. S. III. *a.* IV. *N.* CDXLV. Plane personis *eminentioribus* nonnunquam *scripta* responsio, et exculpatio permittitur, si delictum *leve*, vel ita comparatum, ut an *solemnis* inquisitio locum habeat, dubium sit, teste Puffend. *c. l.* §. XVII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 7.

Differentia indicii et probationis. Juramenti delatio exul. Probatio per tabulas. Quid circa recognitionem? Comparatio litterarum fallax. Probatio per indicia jure romano et Germanico, non Carolino, ne quidem in exceptis. Confessio nuda et qualificata, illativa, surdi et muti, ficta, tacita circumstantiis facta non repugnans, circumstantialis, ejus de quo confitens gravatur, judicialis.

Per *probationem* intelligo *actum*, *quo judici de veritate delicti commissi per argumenta idonea plena fit fides.* Fides dicitur *plena* in relatione ad *effectum* probationis, qualis est *condemnatio* ad poenam delicto a lege impositam. Quaecunque argumenta itaque secundum verba, vel rationem legum ad hunc effectum producendum apta, *probantia* vocamus, quae huic non sufficiunt, *indicia* audiunt. Ita vero omnis vis probandi a lege *positiva* dependet, non a sola *ratiocinatione*, seu argumentorum *conclusione*, quae non quidem neganda *praesumtionibus*, eas tamen ad probationis classem ob cessantem legis assistentiam non pertinere, constat. Licet enim judex ratiocinando integram *cognitionem* de criminibus instruat, et quidquid *probationis* nomine venit, fundamentum habeat in *verisimilitudine*, ex consequentia naturali inducta, imo speciem *praesumtionis* contineat, non omnis praesumtio tamen vice versa probationis vim habet, sed ea demum, cui lex quoad hunc *effectum* assistit. Praeterea utraque praesumtio, et probatio convenit, quod sola *verisimilitudine* absolvatur, nec mathematica, seu *absoluta* veritate quae in moralibus vix haberi potest, constet. Eatenus vero differt, quod mediorum probandi *selectum* fecerint leges, et *extantioribus* argumentis, quae *summo* verisimilitudinis gradu pollent, et *vix fallere* solent, hunc effectum singularem, ut poena sequi Auctorem possit, tribuerint. Qua in re ob indolem peculiarem caussarum *criminalium*, eo majori circumspectione opus fuit, ne omnia, quorum in civilibus sufficiens est efficacia, ad condemnationem transferantur. Sic namque *juramenti delatio*, et usus juramenti *suppletorii*, unde maxima pars caussarum civilium definitur, tamquam media in se lubrica hic prorsus exulant, e contra depositionibus *testium* potius vis probandi tributa, postquam leges ex his reum condemnari, non item ex illis, indulserunt. Neque tamen existimandum est, hanc solam speciem negotium probationis absolvere, in qua haeresi Auctorem fuisse, ex integra hac quaestione apparet. Nam dantur nonnullae, quae cum testi-

bus ejusdem prorsus sunt efficaciae, quorsum praeter *documenta* nobilissimam omnium speciem h. e. *confessionem* delicti refero. Dantur quoque, de quibus non nisi *specie veri* quaestio movetur, quorsum *praesumtiones*, et indicia pertinent. De singulis separatim agam, et lacunas, in hac doctrina ab Auctore non satis expositas, supplere tentabo.

Et primo quidem de *documentis*, instrumentisque a reo conscriptis, delicti indicibus, quaestio emergit. Sunt, qui vim probandi iis denegant, quorum antesignanos laudo Barthium *de convict. non confess.* §. II §. XIV. et Falcknerum *in dissert. de eo quod jur. circa reum convict.* §. XXXIII. *seq.* Sunt quoque qui eam vindicant, inter quos nominasse sufficit Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* XV. *C.* V. Brunnem. *de proc. inq. C.* VIII. *M.* II. *N.* III. Illi provocant I) ad *l.* 3. §. 3. *de testib. et l.* 6. *C. de custod. reor.* ubi nec *testimoniis scriptis*, nec *epistolis* fidem inesse disponitur. II. *accusationem* quidem per documenta instrui, non vero *convictionem* reorum ad effectum poenae iis absolvi contendunt et hoc modo *l. f. C. de prob. et l.* 22. *C. ad l.c. Corn. de fals.* interpretantur, III. fidem dubiam ex eo inferunt, quod alius ipsius rei *manum imitari*, vel hic vi metuque ad subscriptionem coactus esse possit IV. silentium *ordinationis* criminalis, quae testium quidem depositionem ad convincendum reum, nullibi *tabularum* mentionem facit, in partes vocant. Verum ad I. leges citatae non de scriptura ipsius rei, sed *testium* absentium loquuntur, nec ad presentem quaestionem pertinent. Praeterea ad II. explicatio *l. f.* gratis de sola instructione caussae formatur, cui verba manifeste repugnant, et de *probatione* ibidem agi, evincunt. Tum suspicio *N.* III. prolata non magis tabulis, quam testibus, quibus tamen reum convinci posse palam est, obstat si quidem et hi coacti, vel pretio conducti esse possunt. Denique ad IV. ex neglecta a Carolo V. in alleganda hac probandi methodo ad ejus *exclusionem* concludi non posse, dudum collegit Clasen. *art.* LXII. *C. C. C.* His accedit, quod nulla solida diversitatis ratio dari queat, ob quam, quum in civilibus perfecta sit probatio, per tabulas, eadem in criminalibus pro imperfecta haberi debeat, imo *petitio principii* sit, an non Carolus *cit. art.* LXII. sub verbis *als recht ist*, implicite aliam probandi methodum, cui nullum rationabile dubium obstat, adeoque et hanc speciem admiserit? Major forsan ratio dubitandi in eo latet, quod talis scriptura ad summum *confessionem extrajudicialem* contineat, ex qua, quantumvis recognoverit manum, si in judicio veritatem *contentorum* negavit, nemo condemnandus. Quae propositio uti in se vera est, ita non sine veri specie subducere rationes existimo eos, qui inter delicta per *scripturam*, et *extra eamdem* commissa distinguunt: hic *tabulis* vim probandi inesse negant, ibi vero eamdem omnino admittunt, Ludov. *proc. crim. Lib.* VI. §. V. B. Parens. I. *E. Lib.* V. *Tit.* I. §. LXXVI. modo ea concurrant, quae probationi per documenta etiam in caussis civilibus propria. Huc refero *recognitionem*, ex qua demum, quod haec ipsius rei scriptu-

ra sit, cognoscitur. Si enim *jurato* eam *diffitetur*, omnis efficacia scripturae decedit. Hoc solum interest, quod recognitio ad effectum probandi criminis praecise necessaria sit, nec, uti in caussis, civilibus fit, in *contumaciam* scriptura pro recognita haberi queat, quia hoc *fictam* confessionem saperet, a qua ob summum poenae praejudicium leges criminales abhorrent, praeterquam in criminibus *levioribus*, quae pecunia, vel carcere expiari possunt. Harprecht. *Cons.* LXXXIII. *N.* XXX. B. Parens *de contum. non respondent. C.* II. §. *pen.* Quid vero si reus manum quidem recognoscat, sed de *metu ebrietate*, similibusque caussis, scribentem excusantibus, excipiat? Fateor tum probationis negotium variis difficultatibus implicari. Licet enim omnis recognitio *salvis exceptionibus* fiat, et subscriptio chartae ab alio conscriptae inter *minas* atroces, vel in ebrietatis statu suscipi, hoc casu vero probata exceptione recognitio nullius efficaciae esse possit; vix tamen concipi potest, quomodo quis, cum ipse exaravit integram scripturam injuriosam, vel *proditionis* plenam, vel *falsi* manifesti indicem, vel *famosum libellum*, in ebrietatis, vel concussionis statu, et sic sine dolo scribere potuerit? Praeterea ipsa recognitione nil amplius, quam *scripturae agnitio* continetur, haec tamen per se sola ad probandum crimen, quod ea continetur, non ubique sufficit, sed res ex eventu, utrum reus exceptiones, quas aliquando opponi posse palam est, probaturus sit, nec ne, dependet. Nam posteriori quidem casu tabulae vim *probandi* et *condemnandi* reum habent, priori non item. Ponamus, quod non ita pridem contigisse recordor, litteras produci, quibus quis amico, quid fama de ipsius *sponsa* ejusque *anniculo* in civitate ferat, nunciavit, scribentem de injuria a sponsa interpellatum, illas agnoscere; sed bona fide, sine *animo injuriandi* eas scripsisse non sine specie excipere et probare. Nonne reus absolvendus? Ita, omnino visum Ordini nostro, certissimo argumento, in hoc similique casu nullam vim *tabulis* ne quidem recognitis inesse. Unicum casum excipio, nimirum si scriptura verba factaque *per* se injuriosa continet. Quia enim contra haec exceptio deficientis animi injuriandi non admittitur, per *accidens* contingit, ut recognitio *scripturae* ipsam *criminis confessionem* contineat, et sic ex ipsis his tabulis recognitis *plena* criminis probatio perficiatur. Haec si perpendo, apparet, usum probationis delicti per documenta esse *rarissimum*, ad duos casus tantum restringendum I. Si facta *recognitione manus* reus in probatione *exceptionum deficit*, vel II. si integra a reo exarata scriptura *per* se crimen involvit, nec *contrariam* probationem admittit, ut in scriptis manifeste *injuriosis*, *famosis libellis*, vel apertam *conspirationem*, et proditionem continentibus contingit, quorum vitium liquidissime in oculos incurrit, nec salva fronte *exceptionis* ullius allegationem admittit. Extra hos casus exceptio opposita, ejusque probatio perpetuum impedimentum convictioni per tabulas suscipiendae injicit, unde eam ad *semiplenas* probationes relegat. *Ordin. Austr. Art.* XVII. Equidem plus huic probationi tribuere videtur

Reinhardt *de prob. del per docum.* qui varia exempla, quibus felici successu veritas proditionum, falsorumque detecta, coacervasse non contentus, eo usque vim tabularum profert, ut *comparationem litterarum* ad reum *condemnandum* audacter defendat. Idem, licet paulo timidius sustinet Frise *de resignat. litterar.* §. XI. Sed satius est, rem tantopere fragilem, et quae solam vim semiplenae probationis constituit, e foro criminali proscribere. Si quae vis eidem inest, certe usum *torturae*, tanquam indicium criminis *proximum*, vix egredietur, ut Harprecht. *Cons.* LXXXIII. *N.* CV. *docet*, et in detegendo auctore famosi libelli probat Berg. *El. crim. P.* II. *Obs.* XCII. plenam fidem juridicam nunquam infert. Nam quidquid artis graphicae periti enunciare possunt, ad solam *similitudinem* diversarum scriptarum redit, eosdemque litterarum ductus arguit. Ast inde fragile argumentum ad eumdem tabularum *auctorem* ducitur, postquam unius ejusdem *praeceptoris* discipulos in ductibus litterarum fundamentalibus convenire, experientia satis comprobat, nec unquam defuerunt, qui alienas litteras ita *imitati*, ut nec ab ipsis, quorum ductus mentiti, discrimen deprehendi potuerit. Mascard. *de Prob.* V. I. *Conclus.* CDXXX. *N.* III. *Vol. Argentor. nov. Consil.* CXXXVIII. Ne dicam huic comparationi non majorem effectum, quam *implicitam* recognitionem inesse, adeoque post hanc eadem dubia, convictionisque impedimenta superesse, quae post recognitionem explicitam propter facultatem *exceptiones* allegandi emergere antea dixi.

Longe minoris fidei est ea probationis species, quam *praesumtionum*, vel *indiciorum* appellatione comprehendunt, de qua non eadem legum, et interpretum est sententia, adeoque de ea distincte agendum. Tractat hanc quaestionem Auctor infra *Qu.* CXVI. *N.* LI. loco non satis commodo, nec pro dignitate materiae resolvit. Quare eam hic supplebo. Si leges *Romanas* speciamus, tantum abest, ut media probandi ad certum *numerum* redegerint, ut potius, *quae argumenta, ad quem modum probanda cuique reo sufficiant, judex arbitrari, et judicare jubeatur, quid aut credat, aut parum probatum opinetur* *l.* 3. §. 1. *de testib.* Quare non mirandum, *artificialem* probationem non modo in *civilibus*, verum etiam in *criminalibus* probari, eique effectum purae condemnationis tribui. Suspicionibus quidem parum fidei inesse Romani fatentur, nec damnationem ex iis admittunt *l.* 5. *de poen.* sed sub illis *vagas*, *leviores*, ac *incertas* praesumtiones intelligi, dudum docuit Ant. Mathaei *c. l. Lib.* XV. *C.* VI. *N.* III. Alia ratio est judiciorum *fortissimorum* et cum magna probabilitatis specie concludentium, de quibus intelligendae leges, quae in artificiali probatione acquiescunt. Tale est exemplum, quod de homicidio singularibus suspicionibus firmato, suppeditat Cicero *Lib.* I *de divin.* et de *Minutia vestali* ob suspicionem incestus vivi defossione punita apud Livium *Lib.* VIII. *C.* VI. XV. Talis quoque est sententia rescriptorum in *l. f. C. de probat.* et *l.* 34. *C. ad l. Jul. de adult.* quorum illud diserte *indubitata* indicia probat, hoc adul-

terii reum indiciis *evidentibus* gravatum, *velut convictum* poenis subjicit. Ab his non diversa *Germanorum* veterum philosophia, cui parum conveniens visum, nodum in scirpo quaerere, et modos probandi quasi ad *numerum* redigere. Simplex majorum vivendi ratio vix admisit longiorem, et anxiam de argumentorum *concludentia* disputationem. Absolutam veritatem requirere, iis ne quidem in mentem venit. *Testium* effatis, reorum *confessionibus*, aliisque argumentis *verisimillimis* fidem habuerunt, parum curiosi, utrum cognitio inter verum et falsum quodammodo fluctuaret, sufficere rati, *sensualia* argumenta fidem rei gestae facere. Ut quis de *furto* convinci posset, nunquam desiderata anxia *contrectationis* indagatio; sufficiebat rem furto vere ablatam, paulo post penes aliquem fuisse deprehensam, *oculari* inspectione vero evictum, alterum rem furtivam in sua custodia habuisse I. *P. S. Lib.* II. *A.* XXXV. *N.* XXVI. *Jus. Lub. Lib.* IV. *Tit.* I. *A.* I. Homicidio commisso, accusatorem *cadaver*, vel *manum* occisi judici obtulisse, et de persona *laedente* fidem fecisse satis erat, nulla omnino de vulneris *lethalitate*, et vera causa mortis proxima habita ratione. Et quem fugit, *clamori* accusationi annexo, tantam vim tribuisse majores, ut quos criminis *manifesti* reos cum hoc apparatu arguerent, confestim condemnarent. I. *P. S. Lib.* I. *Art.* LXVI. LXX. Pertinet huc quoque convictio *durch den Schiene*, quae idem ac ipsum factum *notorium*, vel *oculari* inspectione demonstratum, cujus meminit Meind. *de jud. cent. P.* 290. et 292. et elegantem de ea observationem exhibet Puffend. *T.* II. *Obs.* III. Taceo alias species, ad unum omnes in eo conspirantes, quod *sensum* testimonio, quantumvis fallaci, et indicii notionem vix excedenti, veram et plenam convictionem tribuerint majores, unde adhuc passim in jure Lubecensi vestigia supersunt, quorsum refero, quod pro *falso monetario* habeatur, penes quem *falsa moneta* deprehensa, licet de fabrica non convictus sit, ut observat. Stein. *ad jus. Lub. T.* III. §. CDLXII. Eleganter hunc judiciorum ordinem depingit *Glossa ad Lib.* I. *art.* XV. *Etliche Bevveissung ist leiblich etliche unleiblich; leibliche Bevveissung ist diese, dass man etvvas bey einen Mann durch sehen, horen, vernehmen, oder greifen ervveisen mag, oder dass man ihn in handhaffter That gegenvvartig damit begriffen hat, die unleibliche Bevveissung aber ist diese, dass man einen nur mit Worten bezuchtiget, als ob man einen eines Dinges so unbvveisslich und verborgen vvare, zeihet.* En! distinctionem inter probationem *oculatam*, et *non oculatam*. Hujus peculiaris usus erat, quod *posteriori*, non item *priori* casu reus *juramento* se excusare potuerit, observante Heineccio *Jur. Germ. T.* II. *Lib.* III. §. CCXIV.

Verum in alia omnia ivit *Constitutio Carolina*, quae majorem, et exactiorem certitudinem ad probandum crimen, requisivit, laxiorem ambitum probationis constrinxit, et ad saniora principia reduxit, profligata omni *artificiali* reum convincendi methodo. Qua in re tanto splendidior est hu-

jus sanctionis praerogativa, quanto gravius est, quod sub poenis imprimis capitalibus, et corporis afflictivis reconditum praejudicium, ad *liquida* potius, quam *fallacia* argumenta exigendum. Tametsi enim *testes* fallere, *documenta* cum veritate pugnare, et *confessiones* a vero abire possint, id tamen, quia *rarius* fit, mathematica autem veritas in moralibus haberi nequit, satius esse duxerunt leges Carolinae in his acquiescere, alia vero argumenta quantacunque, demum verisimilitudine constant, ob dubiam eorum applicationem penitus profligare, et hoc modo convictioni certos *cancellos* ponere, quos transgredi, nefas esset. Patet hoc ex integra ordinatione Carolina, in qua ubique *Anzeigen, Verdacht, Muthmassung*, sollicite distinguuntur *von dem Beweiss und Ueberfruhren*. In specie vero eam in rem notabilis est *Art.* VI. qui constituit: *Dass der Richter sich erkundigen und fleissig nachfragens haben soll, ob die Missethat, darum der Beklagte und Berucchtigte angenommen und verdacht, auch geschehen sey*. Quum enim praeter *indicia* nominatim *veritatem* rei requirat, manifeste docet, solis indiciis tantum haud inesse, quantum ad condemnandum desideratur, sed talia accedere oportere, quae judicem liquido de actuali existentia ejus, quod solis suspicionibus firmatum, convincere possunt. Multo clarior est dispositio *Art.* XXII. quae negat, aliquem ad poenam criminalem trahi posse *um einigerley Anzeigung Verdocht*, additque satis cathegorice, *dann soll jemand endlich zu peinlicher Strafe verurtheilet werden, das muss geschehen aufs Bekennen und Beweissen und nicht auf Vermuthung*.

Aequitatem ac veritatem agnoscunt plerique, in construendis *exceptionibus* tamen sunt paratissimi. Videamus de singulis, ut quid veritatis iis insit, constet. I.) Aliud obtinere volunt, si de summo *principe* quaestio est, qui ad leges stricte non obligatur, sed pro re nata extra ordinem ex artificiali convictione maleferiatum, temere negantem, mox ad supplicium rapere potest, maxime si juste metuit, reum omnes torturae cruciatus frustra sustenturum esse. Idque jure *imperii* supremi, pro vindicanda salute pubblica, quae nonnunquam exemplum ad derrendos alios requirit. Admitti potest ea sententia ex rationibus adductis, et hoc respectu non nunquam salvis regulis justitiae in sententia a JCtis summo imperanti suggeri solet, ceu ex specie apparet, quam exhibet B. Parens *T.* II. *Cons.* MLXVII. Proprie tamen haec, quae circumfertur, doctrina sub regula, quam leges *judicibus* praescribunt, non continetur, et sic ad ejus executionem non pertinet. Neque etiam aliter, quam in casu *extraordinario*, si summus verisimilitudinis gradus reo res stit, locum habet, quum boni principis sit, legum praecepta, quantum fieri potest, servare. Longe minorem inter exceptiones meretur locum, quam II.) Tabor *ad cit. Art.* XXII. *C. C. C.* §. XII. de reo, qui indicia removere nequit, tanquam *tacite* convicto, sustinet sententia. Neque enim haec de regula est, sed ipsum KRINOMENON complectitur, quod unice huc redit, utrum reus ex indi-

ciis, quae eliderc nequit, ad *poenam* ordinariam fit damnandus? quod merito negandum, cum saepe innocentissimo deficiat *probatio* allegationis, quem ob hunc fatalem casum mox sine aliis adminiculis condemnare velle, duriusculum foret. Nihil itaque reliquum est, quam ut usus mediorum veritatem eruendi per *torturam*, vel *juramentum* purgatorium hic intercedat. Majorem speciem habent III.) qui ex *indubitatis* indiciis judici facultatem reum ad poenam *capitalem* condemnandi, indulgent, Leys. *Sp.* DCIII. *M.* V. quamvis etiam haec restrictio admodum periculosa, et ob variam circumstantiarum mixturam in casibus *singularibus* gravissimis dubiis subjecta sit. Talis est species a Gilkenio *ad l. f. C. de probat.* proposita, quae, quantumvis insigni probabilitatis gradu subnixa, fefellit, eventusque docuit, talem verisimilitudinem etiam in innocentissimum cadere posse. Forsan aliud obtinebit *in uxore*, cujus maritus per longum tempus abfuit, et tamen redux *anniculum* in domo sua invenit. Talem mulierem poenas *adulterii* sustinere, sine ulla haesitatione existimat Ant. Mathaei *p.* 690, et exemplis, quibus poena capitalis ejusmodi mulieribus applicata, illustrant Thuan. *Lib.* XIII. *Hist. vid.* Maurit. *Cons. Chil.* XI. *N.* XV. Sande *Lib.* III. *Tit.* IX. *def.* III. In eamdem sententiam descendunt Kress. *ad Art.* XXII. *C. C. C.* et Leyser. *Sp.* DLXXXV. *M.* XLIV, qui magis ipsum *corpus delicti*, quam indicia et praesumptiones in hac specie concurrere, existimant. Verum his graviter obstat, quod mulier *violenter*, vel *dormiens*, vel facto tertii *inebriata* comprimi, et ex hoc congressu concipere possit, ut ex Wedelii *Ephemerid. acad. nat. curios. Cent.* III. IV. *p.* 108. apparet. Quod si itaque alterutra harum exceptionum allegata, mulier merito audienda, si eam probare vult, vel in defectu probationis adigenda, ut mediante *tortura*, aut *purgatorio* eamdem comprobet, quod ipsum cum condemnatione pura vix subsistit. *Congressum* necessario prodit editio partus, *dolum* autem, sine quo nulla commixtio carnalis ad *adulterium* sufficit, non evincit. Eum ergo probari oportet, si tanquam *adultera* ad vindictam legalem mulier talis trahenda. Fulmina sunt, praetereaque nihil, quae de corpore delicti in hac specie circumferuntur, cum coitio talis sine crimine esse possit. Sunt quoque, qui IV.) in *atrocioribus* delictis, quae vulgo *excepta* audiunt, regulas de convictione negligi, et pro arbitrio judicis peracta sola *artificiali* probatione reum condemnari posse, contendunt. Gomez. *var. resol. Tit.* III. *C.* XIII. *N.* XVIII. Lessius *de justit. et jur. Lib.* II. *C.* XXX. *N.* XXXIX. Ast recta ratio hos deserit, quae non modo non probat *superficiariam* pro graviori poena imponenda probationem, sed potius jubet, ut quo *severior* poena imminet, eo minus via probandi *ordinaria* negligatur. Tum leges positivae nil quidquam eam in rem sanciunt, ut ne quidem in crimine *majestatis*, quod multis *singularibus*, constare, palam est, *conjecturatam* probationem admiserint. Unica, et quae sola legibus comprobatur exceptio V. in criminibus *levioribus*, quorum poena nec capitalis, nec cor-

poris afflictiva est, se exerit. Nam in his ratio vera, et proxima, a *summo* poenae *praejudicio* mutuata, prorsus exulat, et sic impedimentum cessat, ob quod in gravioribus poenae ordinariae locus ex *conjecturis* non est. Quo levior poena, eo laxior judicis, cum in abbreviando processu, tum in instruenda probatione, potestas. Haec est ratio hujus juris singularis adaequata, non defectus poenae *corporalis*, quasi vox *peinlich Art.* XXII. ab hoc solo poenae genere *indicia* removerit, uti arbitratur LEYSER. *Sp.* DCXLI. *Med.* VIII. Si crimina, quibus corporalis poena haud imminet, lubricam hanc probationem admitterent, quid de *Confiscatione bonorum*, *infamia*, *relegatione* aut *carcere perpetuo* diceremus? Non leve, sed magni ponderis praejudicium iis cohaeret, licet corpus haud affligant, adeoque nihil est, quod *regulam* probationis ordinariam ab hisce speciebus arceret, quae ab iis omnino arcenda, si ob *corporalium* poenarum absentiam a regula recedere permissum. Utitur Imperator voce *peinlich*, ut totus contextus et analogia juris criminaliis docet, secundum stilum *forensem*, quo poena criminalis idem est, ac *gravior*, civilis idem ac *levior*, meram petitionem principii vero suggerit LEYSER qui illam secundum *Saxonicam* acceptionem interpretatur. Certe nulla ratio dari potest, cur imperator *solas* capitales, et corporis afflictivas tantopere *circumscripserit*, reliquas omnes autem *mero arbitrio judicis* reliquerit. Pleniores in exponendo hoc themate sunt B. PARENS *l. E. cit. l. et* REINHARDT *de reo ex praesumt. convincend.*

Superest nobilissima species, et quae *regina* probationum dicitur, *confessio delinquentis propria*, sive quod ultro, sive quod per tormenta elicita fuerit. Utriusque enim idem finis ac effectus, nimirum *poenae* impositio. Quae *speciatim* circa alteram observanda ad doctrinam de tortura remitto, in praesentiarum ea adduxisse contentus, quae utrique speciei sunt *communia*, *et* sine quibus nullus effectus civilis *confessioni* tribuendus. Videlicet non existimandum est, solam vocem confitentis tantae esse efficaciae, ut *abscisse* pro *veritate* habeatur, quamdiu eidem non *extrinsecus* quid accessit, quod fidem illi conciliare aptum. Ea est sententia D. SEVERI, qui *confessiones reorum de delicto commisso pro exploratis haberi non oportere*, *edicit*, *si nulla probatio religionem judicantis satis instruat* *l.* 1. §. 17. *de quaest.* Eamque comprobat experientia, secundum quam *salutis desperatio*, *taedium vivendi*, *angustia rei familiaris*, *votum mortis*, rebus parum feliciter gestis procuratum, *squalor carceris*, *valetudinis adversae impatientia* plures ad mortem *voluntariam* subeundam invitat, quorum omnium ex his fontibus contra se emissa pronunciatio non tam delicti confessione firmati quam vox *doloris*, vel *insanientis* oratio est, ceu variis exemplis illustrant SCHULTING. *ad l.* 1. *§. f. de quaest.* et LEYSER. *Sp.* DLXI. *Med.* I. Si quae fides confessioni tribuenda, et ex ea feralis sententia ferenda, plura et talia *adminicula* eidem accedere debent, quae animum judicis ad credendum assertis inducere, et sic fidem *juridicam* producere apta. Quo ipso distinctio in-

ter confessionem *nudam*, et *qualificatam* solido constat fundamento. Ad priorem pertinent, quae hactenus de lubrico confessionis proposui. Posterior magis hujus loci est, et vel ex specialibus vel communibus principiis aestimatur. Illuc refero, tum quae ad *circumstantias* et *naturam* singulorum delictorum est adornata, de qua passim P. I. hinc inde actum, tum quae nominatim sub *tormentis* fit, de qua insequentibus dicendi locus. Huc vero ea pertinet, quam leges Carolinae in universum in quocunque delicto ad justam condemnationem requirunt. Eum in finem *tria* praemitto ad quae omnia reduci possunt, qualia sunt, quod confessio debeat esse I. *clara*, *evidens* II. *veritati*, quantum illa pro natura cujuscunque delicti haberi potest, *conformis*, denique III. *judicialis*. Et I. quidem circa evidentiam prorsus non ambigendum, quando quidem omnes caussae litigiosae hoc commune habent, ut earum definitio ab *evidentia facti* suspendatur. Peccat judex, qui in caussis *civilibus* parum de evidentia confessionis sollicitus, *definitive* pronunciat. Sed bis peccat, quoties in caussis *criminalibus* reum temere animadversioni subjacet, quas plenius, et cautius tractari oportet. Hoc equidem certum, in civilibus causis admitti confessiones, quae *summum* evidentiae gradum non praecise attigerunt: ast quo *facilius* studium lites abbreviandi id hic indulget, eo *difficilius* in criminalibus aliquid remittendum, quod ad *pleniorem* judicis de facto informationem scitu necessarium. Quum enim modus in pronuntiando tenendus, et nequid *nimis* in rei, vel *minus* in reipublicae utilitatem decernatur, praecavendum, primaria cura judicis utique in eo collocanda, ut facti, cui jus applicandum, *claram* sibi notitiam compareat, et hac demum ratione se instructum sentiat sententiam rite pronunciare. Quidquid ergo assertorum rationabile *dubium* suggerit, et ipsius facti *ambiguam* conditionem servat, judicem merito cohibet, quo minus ad definitivam sententiam procedat. Tale quid inest narrationi *vagae*, et *indefinitae*, nullis specialibus circumstantiis, *loci*, *temporis*, *qualitatis*, *quantitatis*, vallatae. Uti enim non sufficit, dixisse, furtum commisi, vim Titio feci, nisi additum *quid? quantum? quo loco* ablatum? *qua violentiae specie.* Titius laesus? quae *caussa?* vel *origo?* quia sine horum exploratione ex tota relatione mere *superficiaria* cognitio hauritur; ita e contra *specifica*, ac *distincta* confessio rem facit planam, imo eo perfectiorem reddit cognitionem facti, quo *pluribus* circumstantiis instructa. *Nihil* scire, et *imperfectam* notitiam consequi, judici paria sunt, qui utrobique ignorat, quod scire oportet eum, qui sententiam laturus est. Leges vix factum aliquod *abscisse* reprehendunt, sed ubique sub certis *conditionibus.* Quamdiu itaque judex, de illo judicaturus, de his non informatus est, omnia incerta nec apta sunt, ut quid in *praesenti* justum sit, definire queat. Imo contingere potest, ut *distincte* quidem reus confessionem emiserit, non tamen de *omnibus* circumstantiis quae factum praesens gravant, mentem sufficienter exposuerit, quo casu eatenus, quatenus in *hypothesi* imperfecta est, simul *insufficiens* manet,

ad reum condemnandum. Idem quoque de quacunque *indirecta* et *illativa* confessione statuendum, sive ex verbis aliud, quam praecise delictum praesens prae se ferentibus colligatur, qualis etiam est communis responsio: *er sey nicht allein dabey gewesen*, sive ex factis per *consequentia* trahatur. Neutro casu est *directa positiva*, et talis quae judicem de delicto ex asse instruit, imo potius *periculosa*, quia facile reo quid affingi potest, de quo nunquam mente cogitavit. Judicis non est, ex *ratiocinatione* notitiam facti conquirere, sed plana oratione eam addiscere. Quamdiu *facti* quaestio agitatur, non magis judicem, quam testem *phil. sophari*, sed posteriorem cognita *referre*, priorem narrata *percipere* decet, uterque quoties plus sibi arrogat, et *conjecturis* delectatur, officii regulas excessisse, non caussam ad decisionem *praeparasse* videtur. Non raro responsiones reorum tam *intricatae* et *artificiose* compositae, ut non nisi per *consequentiam* confessio delicti praesentis inde elici possit, quam pro *explorata* habere, justitiae regulae haud permittunt. Et si quidem *verba* ambigua, non adeo laborandum, quum praesentissimum adsit remedium h. e. examen *repetitum*, quo reus ad pleniorem orationem, et responsionem adigi potest, quo facto, quae ejus sit animi sententia, ad liquidum redigitur. Sed quid de *factis* judicabimus? Sunt ea ut plurimum *dubiae* aestimationis, multo minus ubique ita comparata, ut semper sufficiens medicina pro comparanda *certitudine* in promtu, aut facilis applicatu sit. Pertinet huc confessio *surdi* et *muti*, quae, cum 1) solis signis per interpretes *juratos* fiat, nunquam vero ita comparata sit, quin adversus eam excipi queat, *ipsos interpretes* errare *potuisse*, praeterea 2) ad modum *art.* XLVI. XLVII. XLVIII. *C. C. C.* praescriptum accurate suscipi nequeat, notam *ambiguitatis* haud effugit. Specimen singulare confessionis delinquentis surdi et muti *natura talis*, magna cum praecautione a judice procuratae, et decisioni JCtorum Hallensium subjectae, habes in scripto Kressii *vom Recht der thaub. und stumm gebohrnen, conf. Q.* CXIX. *obs.* II. Similem casum iisdem JCtis oblatum recordor de foemina, quae vi se stupratam solis *signis* asserebat, quam nominationem tanquam *dubiae* aestimationis, non plus, quam purgatorium operari, crediderunt. Facilius certitudinem interpretationis admitto, quoties confessio a reo, linguae *peregrinae* tantum gnaro, edita, quia haec *verbis*, et sic *distincte* fit, nec deficere solent, qui plurium linguarum *exactam* notitiam habentes, idoneam, et sufficientem interpretationem suggerere possunt. Quid enim si reus delicti natione *Gallus*, sed linguae *Germanicae* expers, coram judicio germanico factum *gallice* confiteatur, an putabis deficere, qui gallicae linguae gnarissimi, veram animi ejus sententiam exponere possunt? Notabile exemplum de reo nationis *Venedorum*, ita confesso, habet Carpz. *Dec.* CLXXXIV. De *annuente* quaerit Heineccius *de relig. jud. circa conf. reor.* eique nutum fraudi non futurum recte asserit, tum quod vix sperandum, hoc ipso omnes facti circumstantias distincte intellexisse, tum quod facile excipi possit, judi-

cem nutum *alium insensum*, quam qualem prae se tulit annuens, accepisse, quod ipsum non potest non incertitudinem rei alere potius, quam tollere, nisi forsan *pertinaci* silentio, *simulata surditie* reum responsionem effugere velle, probabile sit, quia tum usus loquelae durioribus *equulei* remediis a nebulone extorqueri potest. Par ratio est taciturnitatis, seu *contumaciae non respondentis.* Froel. P. I. *Pag.* 251. Quae *medium* quid inter *confitendum*, et *negandum* continet, et ideo in gravioribus efficit, ut quum reus ad respondendum obligatus sit, *fidiculis* ad loquendum cogi possit, licet in levioribus silentium cum contumacia conjunctum reum satis ad *condemnandum* convincat. *Fictam*, seu *praesumtam* confessionem hanc vulgo vocant, cujus non major est efficacia, quam *conjecturatae*, de qua antea egi Wernh. *P.* I. *Obs.* LXXII. P. VII. *Obs.* CXIV. quod etiam de *jurare nolentibus* dicendum infr. *Qu.* CXVI. *N.* LXXXI. Non melius judicem persuadet *transactio* rei cum accusatore super crimine facta, quae, si vel maxime *judicialiter* inita ponatur, ad *vexam* redimendam eodem modo suscepta esse potest, quam ad *conscientiam* criminis manifestandam. Imo quum haec ipso Carolo judice *Art.* XL. *C. C. C.* inter indicia ad *torturam* sufficientia tantum referatur, quomodo vim confessionis certae, ac plenae habere possit, haud apparet. Neque aliter sentirem de reo qui judici se submittit, ut *abolitionem* criminis consequatur, vel quando *veniam* delicti petit. Neutro enim casu sine aliis probationibus *condemnatio* imminet Puffend. *proc. crim. C.* XV. §. IV. Plane quoties facta tam *liquida*, ut non possint alium, quam *delicti dolosi* finem habere, nil video, cur *implicitae* confessioni quid detrahendum, aut ambigendum de poena delicti pedissequa? Ut ecce: Si de *infanticidio* inculpata partum scienter *cistae* inclusisse, *funiculum* non obligasse, *alimenta* eidem subtraxisse fatetur, quibus casibus, ut supra ostensum, a poena *culei* non recedendum. Plane de confessione eorum, qui facultate *ratiocinandi* destituuntur, quia vitio *incertitudinis* laboret, tanto minus dubium, quanto magis omnes in eo, quod confessio ex *certa* scientia fieri debeat, conveniunt. Talis autem cum *mentis exilio* simul subsistere nequit, ceu de *furiosis*, *melancholicis*, imo in summo *ebrietatis* statu constitutis fatentur Lauterb. *de conf. P.* I. §. VIII. Farin. *P.* III. *Qu.* XCIII. *N.* XVII. Neuter, quid loquatur, vel sibi velit, cognitum habet, et sic confessio alterutri non magis fraudi esse potest, quam si quis sopore oppressus fateretur: se parentes necasse. Farin. *c. l. qu.* XCIV. *N.* XXXI. quantumvis *occulta* sit hominum insania, qualem melancholia plerumque suggerit, nonnunquam conditio foeminarum *hystericae*, cujus tristitia, anxia cogitatio, et taedium vitae, comites esse solent individui.

Sed non sufficit confessionem in se certam et intellectu facilem esse, nisi etiam II. *veritati* conveniat. Veritatem accipio non *absolutam*, sed quae ad *summum* verisimilitudinis gradum pertingit. Huic inservit a) *consensus* eorum, quae praesens delictum *circumstant*, cum confessione, et sic confessio, cae-

teris paribus, *vera* censetur, cui circumstantiae facti praesentis non *repugnant*. Comperta *repugnantia*, quantuscunque demum circumstantiarum a reo prolatarum cumulus adfuerit, nihil actum censetur, et vis probabilitatis, si non prorsus *decrescit*, saltim quoad maximam partem *minuitur*. Multum vulgo tribui solet *circumstantiali* confessioni, nec sine ratione. Quo major conspiratio circumstantiarum, eo plenior est verisimilitudo, sed in ea sola non subsistendum, si quaedam obstant, quae fidem assertorum *dubiam* reddunt. Uti quaelibet verisimilitudo *debilior* cedit *fortiori*; ita, si de confessionis delicti indole judicandum, ab iis, quae praesens factum circumstant, nunquam oculi detorquendi, quia, quo jure eorum *repugnantia* fidem confessionis minuit, eodem *convenientia* illam magis obfirmat, Froel. *P.* I. *p.* 251. Hinc patet necessitas *corporis delicti*, ut de quaestione praejudiciali, *an tale delictum*, cujus quis se auctorem enunciat, in rei *veritate* commissum, constet. Quo pertinet in homicidio, per confessionem firmato, non *nudus aspectus* cadaveris, sed exacta *vulnerum* indagatio, a peritis in arte facienda. Sive enim de cadavere, quod occisum esse fertur, prorsus non constat, sive constat quidem, sed *caussa* mortis *proxima* non satis explorata, confessio rei, vel *insanientis*, vel *fide juridica* destituta oratio est, ad quam nemo condemnandus, ut ex *articulo* VI. XX. et LX. *C. C. C.* apparet. Atque hoc in hiis delictis, quae in facto *permanente* consistunt, ac *vestigium sensuale* relinquunt, extra controversiam positum, quorsum *homicidium*, *effractionem aedium*, *incendium*, *falsam monetam*, refero. In *transeuntibus* vero *nexus* confessionis cum *indiciis* delicti concurrentibus pro corpore delicti est, et ob impossibilitatem *hypotheticam*, ocularem inspectionem applicandi, religionem judicis instruit, ut in isto *nexu*, et cum ea conjuncta *verisimilitudine* acquiescat, ceu supra de infanticidio abunde docuisse mihi videor. Nec minus b) reum de illo, quod *confitetur*, delicto *gravatum* esse oportet, non modo, ut dictum in *transeuntibus*, verum etiam in *permanentibus* delictis, quorum quidem evidens vestigium superesse, eorum tamen se auctorem false profiteri potest. Quum enim confessio *personam* confitentem potissimum afficiat, parum judici consultum erit, nosse delicti *existentiam*, de *auctore* autem non verisimiliter persuasum esse, quod posterius sola indicia, reum gravantia, supplent. Quid? quod ne quidem reum suspectum et specialibus indiciis oneratum esse sufficiat, nisi indicia ad eam *qualitatem* delicti, quam confessio repraesentat, directa sint. Hoc momento cessante, aut pugna quaedam inter *praesentem* qualitatem delicti et indicia deprehensa, suspectissima, a verisimilitudine aliena erit confessio, ut paulo ante docui. Ponamus, quod in facto contigisse recordor, reum cujus manu is, qui post occubuerat, vulneratus erat, de *laedendi* intentione convictum, sed a judice ex praejudicio vulgari super *animo occidendi* interrogatum, modo ut manus tortoris effugeret, omnia secundum voluntatem judicis fateri, quem tamen actu nec occisi inimicum, nec odio tali,

qualem occisio praesupponit, commotum, nec ulla probabili causa cogitatae alterius necis gravatum, quin potius ipsam vulnerationem in actionibus lascivis amico, sodali, ab homine bonae indolis, inconsulto quidem, ast infelici eventu h. e. facto *supine* culposo illatam esse, constat. An ista in se pronuntiatio pro *explorata* habenda? an non potius, neglecta illa confessione, solo *metu cruciatum* verisimiliter facta, potius secundum *acta*, et *indicia*, quae plus, quam *culposum* homicidium vix arguunt, sententia ferenda? Ita omnino olim censuisse JCtos Hallenses recordor in casu, cujus supra mentionem feci *Qu.* I. *Obs.* II. Unde ferre non possum sententiam Bergeri *E. crim. P.* II. *p.* 272. qua homicidium dolosum praesumi existimat, etsi *jocus* interfectoris demonstretur. Praeterea promovet hanc cum confessione conjungendam rei veritatem c) *distinctum* rei examen et *specifica* hujus ad illud facta responsio, cum allegatione talium circumstantiarum, quae non modo per se *possibiles*, ac *verisimiles*, verum etiam, facta earum exploratione, *veritati* conformes repertae. Utrumque requisitum jubet Carolina, nominatim quidem in casu confessionis per *fidiculos* extortae, reapse, et secundum *analogiam juris* in *quacunque* ultronea, vel ad articulos extorta confessione. Ad *prius* refero sollicitam circumstantiarum, post confessionem, suscipiendam conquisitionem, *Art.* XLVIII. *C. C. C.* praescriptam, tum inquisitionem in *indolem* propositarum a reo circumstantiarum, quae nonnunquam sola *superstitione* sustinentur, et sic a *verisimilitudine*, ne dum a *veritate* alienae, quale quid circa confessionem sagarum contingit, tum denique examen, quod suggerit *art.* LIII. LIV. et LX. *C. C. C.* Nam fortissima utique est conclusio: *qui tales facti circumstantias refert, quas innocens vix scire potest, illum ipso momento delicti praesentem, et delicti participem fuisse, consequenter vera omnino narrasse oportet*. Posterius extra dubium collocat *Art.* LIV. et LV. *C. C. C.* et necessitas confirmat, quandoquidem ipsa experientia teste, quidam paulo *versatiores* inquisiti, artem fingendi *falsas* circumstantias, callent, eademque saepissime abuntur, modo, ut caussam hoc ipso implicent, alii vero *vitae taedio* sententiam in se pronuntiant, de quorum mendacio non melius, quam inquisitione in *veritatem circumstantiarum*, confessione firmamentum, constare potest. Haec omnia, inquam, instruunt religionem judicis, ut de singulis sollicitus sit, et nihil eorum intermittat, antequam ad *feralem* sententiam fiat progressus.

Ultimam denique rationem confessionis exploratae III. *locus judicii*, in quo reus examinandus, et confessio protocollo inferenda, suppeditat. *Judicialem* enim requiri, non *extra judicialem* sufficere, vel hoc indicio est, quod ex hac posteriori, nisi in judicio repetita, solum *indicium* ad torturam oriatur, et sic illa a convictione omnino aliena sit, *Art.* XXXII. *C. C. C.* Vim autem *judicialis* ea habeat, quae coram judice *competente* ab actuario *jurato* in chartam conjecta, *Art.* CLXXXI. *seq.* quod in loco judicii fieri solet, Brunnem *de proc. inq. C.* IV. *N.* XXXIII. Oldekop *Tit.*

IV. *Obs.* XLV. Sola *jurisdictio criminalis* judicem ad recipiendam confessionem non legitimat, nisi de *competentia*, secundum quam caussa *praesens* ad ejus cognitionem spectat, constiterit, usque adeo, ut, si coram eo facta, qui ad remissionem rei obligatur, et ita non competens est, denuo apud eum, cui reus exhibitus, *repeti* debeat. Plane, quidquid reus eorum. *Notario* confessus, etsi fidem *publicam* producat, non tamen vim judicialis confessionis habet, ob defectum *jurisdictionis criminalis*, sine qua competentiam fingere, inane est, MATHAEI, *Tit.* XV. *N.* IV.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 17.

Etiam publicato rotulo novi testes recte producuntur.

Quod super *iisdem*, vel *contrariis* articulis post *publicationem attestationum* nova testium productio fieri nequeat, in causis *pecuniariis* quidem verum, sed ad *accusatorium* processum trahi nequit, tum, quia, teste BRUNNEMANNO *de proc. inq. c. l. N.* LXXXIV. accusatori de succumbentia periclitanti subveniendum, tum quia processus criminalis qualiscunque ad *apices juris* non adstrictus sed ita moderandus, prout salus publica requirit, quae nullo temporum spatio probationes includit. Multo minus hoc in processu *inquisitorio* dubium esse potest, in quo judex *liberior* est, nec ob muneris, quod gerit, praesumtionem *subornationis* contra se habet, ob quam alias repetitum examen suspectum fit. Accedit, quod CAROLUS V. in genere post sustentos torturae cruciatus *novam* probationem per testes admittat *Art.* CLXXXVI. circa quem casum tamen longe major dubitandi ratio occurrit.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 25.

Interrogatoriorum ad articulos probatoriales utilitas, necessitas. Dubium Barthii solvitur.

Interrogatoria ad articulos probatoriales tantopere sunt necessaria, ut sine illis *distincta*, ac accurata facti notitia vix comparari possit. Testes plerumque pro suo *arbitrio* deponunt, nec ea, quae scire, judicis potissimum interest, semper referunt, sive quod id ex consilio agant, sive quod stupor naturalis id caussetur, adeo, ut saepe artificio, et singulari *solertia* opus sit, ad talem despositionem ex effatis eruendam, cui *condemnatio* respondet. Huic corruptelae melius occurri nequit, quam exhibitione *interrogatoriorum*, quibus ipsa depositio fit *determinata*, *rationes scientiae*, quae totam responsionem fundant, eruuntur, et sic caussa ad *convincendum* non tantum reum, verum etiam ad rite concipiendam *defensionem* instruitur. Vel sola haec posterior inspectio Auctori persuadere debuisset, usum *interrogatoriorum* non tantum *utilitatis*, verum etiam *necessitatis* esse, nec salvis justitiae re-

gulis omitti posse. Saltim haec ratio Auctorem movit, ut in *inquisitorio* processu ea probaret, quod, cur ex sententia illius in accusatorio aliter definiendum sit, non video. Ipsa Carolina circa probationem criminum, et defensionem *nullam* processus *differentiam* agnoscit, ut ex *Art.* VIII. apparet, ratio Auctoris autem, quod inquisitorius sit *summarius*, petitionem principii involvit, et cum principio de probationibus luce meridiana clarioribus, abscisse pugnat, reliqua effugia denique satis profligata ab Oldekopio *dec.* I. *Qu.* V. Brunnem. *C.* VIII. *M.* I. *N.* LII Novum argumentum Barthius *de convict. non confess. A.* II. §. III. inde petit, quod reo ante examen ad articulos acta non communicentur, unde demum interrogatoria peti possunt. Verum et haec actorum denegatio nulla solida ratione defendi potest, adeoque ex falsa hypothesi valide quid inferri nequit, praeterea testes demum post *responsionem articulatam* ad articulos praebatoriales examinantur, et sic tum demum quaestio de admissione interrogatoriorum oritur, cum actorum communicatio nemini denegatur. Unde rectius interrogatoria probari videbis in *Ordin. crim. Boruss. C.* X. §. VII. et in legibus ducatus *Cellensis*, teste Puffendorf. *c.l.C.* XV. §. XVII.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 38.

Confessionarius testis secundum quid inhabilis. Lis interpretum ea de re. Quando liberi contra parentes, vel ipsi delatores admittendi? si veritas aliter haberi nequit, secundum quid inhabiles admittendi?

Non eadem est testium inhabilitas. Quidam *absolute* arcentur, quidam *secundum quid*. Illi prorsus non sunt examinandi, quia totus actus examinis foret *frustraneus*, hi admittuntur, salvo *arbitrio judicis*, quantam fidem faciant. Quinam ad priorem, qui ad posteriorem classem pertineant, non adeo expeditum est. De his, qui *mentis* defectu laborant, vel ex judicio publico *infamia* laborant, res clara, quod prioris generis sint *l.* 3. §. 5. *l.* 28. *de testib.* Non omnis tamen infamia ex *contractibus* acquisita ejus est efficaciae *l.* 13. *e. d.* sed salvo *arbitrio* testem admittit, licet aliud statuat *Jus. Lubecense*, quo nullus testis infamis in criminalibus habilis censetur, *Lib.* IV. *Tit.* VII. *A.* IV. ibique Mevius. Neque circa testimonium *confessionarii* conveniunt JCti. Absolute id rejicit ob *sigillum confessionis*, etiam nostris clericis sanctissimum Beier *de sigil. Confes. C.* III. §. LVIII. cum Barthio *de convict. non confes. C.* II. §. III. adeo, ut ne quidem *ad purgatorium* reum gravare possit, sed is pure, si nihil aliud concurrit, absolvendus sit

Brunnem. *Cent.* III. *dec.* XXVIII. Magis principiis *protestantium* respondet sententia Leyseri *sp.* CCLXXXIV. *Med.* XI. qua talis depositio salvis *exceptionibus* admittenda. Nam in *probatione* eadem occurrunt consideranda, quae supra de fundanda, ad confessionarii delationem *inquisitione*, eam in rem. *Qu.* CVIII. *Obs.* VI. proposui. Et si quae allegato hic justa est, ulterius extendi nequit, quam quod nullum indicium ad *torturam* inde oriatur, quia confessio extrajudicialis, nisi *duobus* testibus habilibus plene probata, ad eam producendam vix efficax est *Art.* XXXIII. *C. C. C.* Quin autem ad *purgatorium* sufficiat, ego quidem non dubito. Eadem ratio est testimonii *domestici* parentum, liberorum, quod ne volentibus his quidem, admittitur, *l. q. ff. l.* 6. *C. de testib.* imprimis si lubricum, et *imbecilitas* aetatis liberis resistit. Praxis e contra id non prorsus rejicit, adeo, ut ne quidem liberorum *impuberum* effata contra parentes *absolute* inutilia judicet, sed tanto magis eis applaudat, quanto minus actas *tenerrima*, *reverentia*, *et affectus naturalis* permittunt, ut crimina falsa in perniciem parentum fingere queant, ceu ex notali specie apparet apud. B. Parentem *C.* II. *cons.* MCCI. Ipsi *delatores*, etsi valde suspecti, suo modo ad testimonium admittuntur, teste Schilt. *Ex.* XLIX. *addit.* V. imprimis si delicti *socii* non fuerint, alioquin animo *praeveniendi* socium, et delictum quod vere commune erat, in eum solum *transferendi*, denunciasse censentur, Kress. *Art.* LXVI. *C. C C.* § II. In genere, quos non mentis vitaeque *manifesta improbitas* fidem omnem decoxisse, vel *emotae mentis* esse, apparet, recipiendos esse crediderim, hoc effectu, ut *aliquam* fidem judici faciant. Si qua enim doctrina a *circumstantiis* pendet, nec *regulis* certis includi potest, est omnino ea, quae de *testium inhabilitate* circumfertur. Plenius de inhabilibus testibus agunt Bluml. *ad art.* XXIII. *C. C. C.* et Froel. *p.* 1. *pag.* 216. *seq.* Per modum appendicis observo, I. distinctionem Auctoris circa admissionem testium inhabilium, *si veritas aliter haberi nequit N.* XXXVII. claudicare. Nam utrobique eadem ratio est, et quae caussa *contrahentibus*, quoties habiliores testes adhibere potuissent, sed non convocarunt, ob *culpam* propriam fraudi est, ea ad caussas *criminales* prorsus non quadrat, quae actus prorsus *illicitos*, ne testium quidem praesentia convalidandos, continent. Quam ob rem in *defectu* aliorum testium habilium, testimonium *inhabilium* sine distinctione eo magis probo, quo minus illud per se *imperfectam*, fatente Auctore, probationem, egreditur. II. Hanc limitationem ad solos testes *secundum quid*, non absolute *inhabiles* pertinere. Nam sola illa circumstantia, quod de delicto *occulto* deponant, eis *fidem*, quam hactenus non habuerant, conciliare nequit, ut ne quidem sufficiens remedium contra hunc defectum ex *tortura* testium quaeri possit, ceu contra Froelichii doctrinam *c. l. Tit.* VIII. *seq.* propositam docuit Beyer *ad Art.* LXII. *C. C. C. P.* II.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 40.

Testimonium mulierum validum.

Causa detractae *mulieribus* fidei quaerenda in iniquiori quorundam judicio, quod *Patres* ecclesiae, ex furore coelibatus, contra sexum sequiorem conceperunt Argumentum odii plus quam vatiniani, quo Augustinus *mulierem ad imaginem Dei efformatam esse* negat, apparet ex *c.* 19. *C.* XXXIII. *qu.* V. Inde sine dubio fluit dispositio juris *Lubecensis. Lib.* IV. *Tit.* VIII. *Art.* II. qua diserte *zwey unbeschuldete* Maenner ad convincendum reum requiruntur. Sed haec principia dudum deseruerunt pontifices, et fidem foeminarum restaurarunt,ut ex *c.* 3. et 33. *X. de testib. c.* 3. *X. de adult.* apparet, quo factum, ut *praxis* forensis, missis istis argutiis, habilitatem foeminarum in criminalibus agnoverit, teste Schiltero *cit. loc. append.* VI. maxime ex quo *articulus* LXIV. *Exempli Ord. Crim. de anno* MDXXI. ad psesudo principia compositus, in *Carolina* prorsus omissus, et ita *ipso facto* reprobatus. Eamdem sententiam praeoptarunt interpretes juris *Lubecensis*, statutumque ex rectae rationis principiis, ita temperandum esse censuerunt,vid.Mev. *c. l. in fine*Stein *ad jus. Lub. Lib.* IV. §. CCCXCVI. Nihilominus ex Catholicis veterem cantilenam ex professo canit. Bluml. *c. l. N.* XXIII. cujus sententiam tamen non omnino probat Froel. *P.* I. *p.* 125.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 42.

Intra vigesimum annum nec in inquisitorio testes admittendi.

Si ratio *c. l.* 20. in lubrico *aetatis*, caussis criminalibus vix convenienti, ut decet, quaerenda, vix est, ut judicem processus *diversitas* movere possit. Neque perversa *cit. leg.* explicatio, quam Auctor ex Zangero refert, speciem habet, quantum satis profligata a Leysero *sp.* CCLXXII. *Med.* V.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 56.

Quatenus principis testimonium plenum? In atrocioribus inhabiles non probant.

Amplissime de probatione *plena* per *unum* testem egit speciali dissertatione Hornius. Vix tamen est, ut ejus usus caussas *civiles* egrediatur, et ad criminales transferri possit. Quod enim de *principis* testimonio affert Clar. §. *fin. Qu.* LIII. *N.* XXI. uti, si de Domino *territorii* ex sensibus propriis subditum criminis insimulante, et ad supplicium rapiente accipitur, regulis justi non refragatur; ita, si alia persona *principali* dignitate fulgens

testimonium in caussa criminis fert, ea admitti, aut judici facultatem dare nequit feralem sententiam pronunciandi. Excipit quoque Zieritz crimina, quae ad *statum publicum* pertinent,quasi ob *salutem* publicam etiam *conjecturata* probatio admittatur, sed horrent hunc praetextum, cum doctrina de criminibus *exceptis*, merito JCti, et tanto evidentiorem potius hic probationem requirunt, quanto gravius cum ea est connexum supplicium. Quid principi pro re nata in tali specie liceat, non inquiro: *judicis* vero, qui ad leges in sententia ferenda adstrictus, alia prorsus est ratio, ut vel ex *art.* LXXXIII. *C. C. C. apparet.*

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXIV.N. 61.

Ratio dicti testium exigenda.

Ratio dicti testium nihil aliud est, quam *principium*,seu caussa, ex qua sufficiens scientia ejus, quod testes deposuerunt, colligitur, et dictum pro vero assumi potest. Unde expedit. in hanc sollicite inquirere,et eam a testibus exquirere, ut constet, an talis sit, quae *concludit.* Imprimis ad sensus *externos* hic recurrisse sufficit, et ex ejus sensus, in quem currit objectum, perceptione ratio dictorum repetenda. Sive ergo *nullam* rationem reddiderint, sive talem, quae scientiam nullam arguit, vel *non concludit*, et in sola *vehementi opinione* subsistit, fidem haud habent, *Nov.* XC. C. II. Solent subinde testes in hoc vitium ruere, et reos de delicto inculpare ex rationibus, quae si ad punctum examinantur, mera *conjectura* absolvuntur. Tum, inquam ratiocinantur, et philosophos agunt, quod judici quidem, *jus* ad factum in sententia ferenda *applicantis*, non testibus convenit, quorum est de facto ex *sensibus* propriis deponere, non philosophari, aut conjecturis factum confundere. Atque hinc satis evincitur necessitas per *interrogatoria* rationem scientiae de singulis a teste assertis circumstantiis exquirendi,et postea de ejus concludentia judicandi. Hoc si observassent majores, in processu contra sagis suscepto, non tantopere excessissent in suppliciis contra *sortilegos* sumtis, quae vel confessionibus lubricis, vel testimoniis, de quibus ex sensu *corporeo* ratio reddi nequit, sustenta.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 65.

Citatio ad videndum jurare testes superflua. Corporale testium juramentum. Nequidem a reo id testibus remitti potest.

Male tractant Auctorem circa hanc quaestionem Bluml. *ad art.*XLVIII *N.*VIII. et Oldek. *dec I.qu.*IV.et consuetudinem, quam forum eam in reservat, non modo *irrationabilem*,verum ipsum examen nullum esse contendunt. Parum recte meo judicio. Nam citatio ad videndum jurare ad mera formalia, ac *solemnia* pertinet, quae ignorat, in qu[illegible] liberior

judici potestas competit, processus *inquisitorius*, teste Mevio *Part.* VI. *dec.* CCXCII. Tum violenta integritatis, ac veritatis *praesumtio*, quae pro registraturis judicialibus militat, defectum citationis satis supplet, ut de veritate ejus, quod secundum protocollum factum esse constat, nullum rationabile dubium superesse possit. Denique reo omnes exceptiones et defensiones, quas ipso momento juramenti praestiti allegare potuisset, in *defensione* scripta salvae manent, nec quidquam ipsi intervertitur, ex quo ullum praejudicium incurrere posset. Quare satius est, profligata ista imaginaria *nullitate* consuetudinem judiciorum tanquam innoxiam admittere. Ipsum *juramentum* testium ad essentiam plenae fidei pertinet, et sic ne quidem a reo *remitti* potest, uti quidem in caussis civilibus fit, cujus ratio *diversitatis* ea est, quod hic de re *privati*, ibi de caussa *publici* arbitrii agatur. Sola *obtestatio* aut *religiosa assertio* cum juramento non pari passu ambulat. Unde prorsus singulare est, quod ex jure *Austriaco* intuitu *nobilium* in *Elem. jur. crim. S.* I. §. CLI. allegavi privilegium, vi cujus sub *sigillo*, et fide *nobili* facta eorum depositio, pro efficaci habetur, et sic *nuda obtestatio*, quae his argumentis inest, vim juramenti habet.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 79.

Differentia confrontationis cum testibus, et socio. Recognitio hominis non nominati, sed signis circumscripti.

Confrontationem rei cum *testibus*, et criminis *sociis* magnopere differre, in *El. jurispr. crim.* S. I. C. XII. dixi. Prior maculam nullam infert, Tab. IV. *P.* I. *Th.* XIX. et si quid, quod injuriam sapit, continet, id non tam confrontationi, quam nimis festinatae inquisitioni tribuendum. Posterior vero tanto molestior est, quanto intolerabilius est malum, aliquem per hominis, ex proprio delicto *infamis*, et impudentissimi, in faciem sibi palam factam inculpationem, reum fieri. Quare hic omnia repetenda, quae de inquisitione caute formanda antea praemisi, eaque remedia huic, contra quem confrontatio suscipienda, merito indulgenda, quorum justitiam praejudicium inquisitionis specialis suggerit, quorsum non tantum defensionem pro *avertenda* confrontatione, verum etiam actionem *injuriarum*, judici ex iniqua confrontatione imminentem, refero. Consentit Brunnem. *C.* I. *N.* CII. Ludovici *de proc. inq. C.* VIII. *C.* III. Ab hoc differt socii, non nominati, sed variis signis circumscripti, *recognitio*, cui suscipiendae, quin judex nominanti occasionem subministrare possit, nullum habet dubium,

modo a *suggestionibus* abstineat, qua de re legendus Froelich. *P.* I. *p.* 157.

OBSERVATIO XI.

AD

QUAESTIONEM CXIV. N. 84.

Examen testium extraordinarium in criminalibus validum.

Nondum inter eruditos expeditum, utrum examen testium *extraordinarium* in caussis criminalibus locum habeat. Qui id impugnant, moventur *interrogatoriorum* necessitate, quae, illo admisso, vix applicari possunt. Verum, uti solertia judicis in concipiendis *specifice* articulis id, cui interrogatoria inserviunt, facile supplet; ita ad summum ex hac ratione tantum id sequitur, quod testes ita examinati, non *plene* probent. Saltim idem dubium caussis civilibus obstat, nec tamen in iis usum hujus examinis impedit, quem, ob defectum solidae diversitatis rationis defendunt Berg. *El. proc. Tit.* XXVII. *Obs.* I. *N.* III. Mev. *P.* IV. *dec.* CCXXXVIII. Sola *C.* 5. *X. de foro competent. verba: si civiliter agitur.* Werlhofii contrariam sententiam *in diss. de exam. test. extraord.* §. XVII. sustinent. Unde in foro in *accusatorio* processu vulgo hoc examen rejicitur, non in inquisitorio, in quo ipse pontifex illud admisit *cit. Can.* verbis: *sunt et alii casus* Kress. *ad Art.* LXV. *C. C. C.* §. I. N. I.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 12.

Sumtus in defensionem a cognatis reorum solvendi. Cautionis ab his praestandae necessitas.

Ita est, consanguineos, si velint sumtus ferre, audiendos esse. Quid vero si nolint? numne cogi ad suppeditandos sumtus possunt? Id utique asserendum, sive principia *generaliora*, sive ea spectes, quae *cit. Art.* suggerit. Quod illa attinet, parentes liberis, hos parentibus, denique consanguineos suo ordine sibi invicem ad *alimenta* obligari jure *perfecto*, palam est. Alimentorum nomine vero comprehenduntur non modo *cibaria, vestimenta*, verum *integritati vitae* ac *status* inservientia. Licet enim Surdus magis jura favere alimentis, quam sumtibus litis *tr. de alim. Tit.* I. *C.* XX. *N.* X. asserat, quia tamen isti in caussis criminalibus ideo erogantur, ut vitae statusque integritatis conservatio procuretur[1], favor qui pro alimentis militat, ad hos non inique transferri potest. Qua translatione non tam jus alimentorum *extenditur*, quam per modum *declarativae* interpretationis, quod sub laxiore alimentorum praestatione *implicite* latet, determinatur. Itaque satis caussae est, in *dubio* hoc argumentandi genus adoptare, donec solida *diversitatis* inter alimenta, et hac erogationes doceatur. De *marito*, uxorem ob *adulterium* accusante, id probat Stryck. *de decret. interemist. C.* II. *N.* CXXI et ge-

neratim *consanguineis* eam obligationem impouit LEYS. *sp.* DLXI. *Med.* XXII. Multo clarior ea in re *Carolina*, quae, quum magistratui onus hoc imponat, sub conditione: *si nec reus nec consanguinei pecuniosi fuerint*, adeoque in quaestione de obligatione perfecta, circa *ordinem* personarum tantum sollicita sit, satis aperte eodem jure, quo reo *primo*, magistratui vero *ultimo* loco nominato, id onus imponit, idem, quoad consanguineos *intermedio* loco vocatos, sanxisse, non vero eorum arbitrio erogationem reliquisse videtur. Quibus gemina sunt, quae de *cautione* a *consanguineis* pro defensione rei suscipienda, disponit *Art.* CLIII. *C. C. C.* Haec miror KRESSIUM non movisse, ut sibi a contraria sententia temperaret. Saltim ratio ejus, quod nemo delinquendo alteri *annus* imponere possit in his, quibuscum nullus *nexus* intercedit, quidem vera, vix autem ad eas protenditur, quos *natura tam arcte* copulavit, ut sibi succurrere, seque conservare teneantur. Atque his rationibus motus Ordo noster non ita pridem *heredem* indefinite ad *alimenta* quotannis *legatario* solvenda gravatum, quum hic in suspicionem criminis caderet, nemo autem gratis ejus defensionem suscipere vellet, ad *deservitum* defensori solvendum condemnavit. Quum enim inter consanguineos sola *necessitas* solvendi alimenta obligationem *praesentem* eorum fundet, diversum utique obtinere nequit, ubi simile vinculum alimentorum suppeditationem imposuisse constat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 18.

Suggestio defensionis caussa quoad stupidos et meticulosos.

Vel ex hoc articulo patet, *favorem defensionis* suo modo *suggestionem* momentorum, ei inservientium, probare. Quid enim quaestio: *utrum tempore delicti se abfuisse docere possit?* aliud sibi vult, quam suppeditationem circumstantiae, ob quam vindictam judicis reus effugere potest? Nolim tamen id ultra *stupidos* et *meticulosos*, de quibus hic articulus conceptus, extendere. *Callidis*, et *astutis*, ut ita succurratur, non modo periculosum, verum ipsis legibus adversum, quae, dum *veritatem* delicti quovis modo inquirere jubent, probare non possunt, quae huic fini e diametro sunt contraria. Nam aliud est, *circumstantiam* ad futuram defensionem idoneam non intermittere, nec in inquisitione prorsus negligere, quod omnis generis delinquentes suo jure exigunt, aliud eam ad occupandam defensionem *suggerere*, quod in regula injustum, et sic non nisi ex *justis* caussis applicandum.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 29.

Capita defensionis pro avertenda sunt defectus indiciorum, corporis delicti, incompetentia judicis, impossibilitas hypothetica defensionem principalem suscipiendi. An etiam appositio exceptionis peremtoriae? An caussa poenam mitigandi?

Verissima et in recta ratione fundata est doctrina Auctoris, secundum quam reum cum *defensione pro avertenda* audiendum asserit, quoties vel *objectum* habile ad inquisitionem specialem deficit, vel *indicia* impugnantur, sive quod *falsis* circumstantiis constet, sive quod *contraria* iis obstent, sive quod non usque adeo, ut examen articulatum locum habere possit, *concludant*. Nam omnibus his casibus reus id agit, ut inquisitionem specialem in *hypothesi* vix admittendam esse evincat. Cessante autem ejus fundamento, ipsam quoque cessare oportet Berg. *El. crim. p.* 342. Hoc si verum, in relatis speciebus non subsistendum, sed idem jus tum quoque admittendum, si reus de *inhabilitate*, vel in *competentia judicis* quaeritur, Engau *Elem. jur. crim.* § CXLII. quia frustra ad inquisitionem proceditur, quae in fine *nulla* futura est, et, quod in caussis civilibus evidens, ut antequam reus litem contestetur, haec exceptio admittatur, longe magis in *criminalibus* locum habet. Non multo aliter judicandum, quoties ob defectum *corporis delicti* inquisitionem declinare reus intendit, quum haec non magis absque *indiciis*, quam sine *existentia criminis* contra reum delati locum habeat. Et haec caussa quidem omnium frequentissima simulque utilissima est, si *vestigia* delicti *permanentis* prorsus non apparent, vel circa illa *dubia* speciem veri habentia, moventur. Saepe tamen in abusum trahitur, si ad eam in delictis sua natura *transeuntibus* defensor provocat, quia in his *indicia* vicem *corporis delicti* supplent, nec defectus *sensualis* vestigii urgeri potest, ut verba *Art.* VI. *C. C. C. so viel nach Gelegenheit und Gestalt einer jeden Sache geschehen kan*, evincunt. Unde non mirandum, si repulsam tulerit defensor in delictis carnis, similibusque *transeuntibus*, quoties in eo fundamentum petitionis collocat, nec tamen simul indiciorum efficaciam impugnat, quum judex, qui super concessione defensionis ante omnia cognoscere debet, in *antecessum* inanes ejus conatus prospiciat, et ideo sufficientem caussam, moram occupandi, habeat. Sed praeter hanc caussam alia in promtu est, quam ex *ineluctabili difficultate* inquisitionem ex voto *finiendi*, et impossibilitate contra imputationes *sigillatim* se defendendi, repeto. Prorsus singularis est casus quem quondam Ordo JCtorum Hallensium respondit, inquisitionemque omittendam esse judicavit, ex capite de residuis contra administrum decretam, qui jam *venerabilis senex memoria oculorumque imbecillitate* laborabat. Utroque instrumento absolute opus erat ad *rationes* de ad-

ministratione ante sedecim annos gesta revidendas, et infinita *monita* contra ea concepta elidenda, sed infirmitas insignis cumque ea conjuncta impossibilitas veritatem imputationum exquirendi, aut contra ea excipiendi, movebat, ut satius crederent JCt. Hallensis *abolitionem* potius in hac caussa intricata principi suadendi, quam salebrosam et frustraneam inquisitionem decernendi. Ipsum Responsum non vulgaribus argumentis repletum exhibet B. Pabens *T.* III. *P.* III. *Cons.* DCCCXXI. Haec, si vera sunt, non video, cur haec defensio deneganda ei, qui *factum* confessus totius salutis praesidium in *exceptione peremtoria* collocat. Ego saltim rationem diversitatis solidam desidero, cur quod in praecedentibus caussis justum, in hac illicitum sit? Quid enim refert, utrum innocentiam quis ex defectu indiciorum, corporis delicti, an veritate exceptionis peremtoriae judici mox monstrare paratus sit. Favor certe *innocentiae* utrobique est idem, et ex quo judex per *pauca* convinci, simul vero rei existimatio salva servari potest, cur debet fieri per *ambages*, et cum summo rei *praejudicio*? Neque ullo modo concludit ratio Auctoris a natura processus *inquisitorii* desumta, quae potius illum docere debuisset, in eo multo *liberiorem* esse judicem, nec ad *apices* processus, de exceptionibus peremptoriis *post litem contestatam* rejiciendis, adstringi. Fingamus, reum caedis insimulatum, factum confiteri, sed exceptionem summae *ebrietatis*, aut *moderaminis inculpatae tutelae*, pro fundamento defensionis allegare, eamque sine mora deducendi paratum esse. Nonne inanis foret pronunciatio, si secundum doctrinam Auctoris haec omnia ad defensionem *principalem* rejicere vellemus. Et tamen plerique in eo praejudicio haerent, *facti* confessionem reum tantopere gravare existimantes, ut res sine responsione ad articulos exitum habere nequeat. Cogitare debebant, quam sit *lubrica*, *periculosa*, et *praejudicii* plena ista responsio, quamque expediat miseris contra eam succurrere, mediumque eligere, quo regulis justitiae nullum prorsus praejudicium, misero reo autem ex omni parte satisfit. Suppono tamen exceptionem non esse *altioris indaginis*, sed verisimillimam, et iis argumentis secundum acta instructam, ut non sine ratione de *innocentia* rei augurium capere liceat. Etsi enim non in eum modum in continenti liquida sit, uti, si caussis civilibus ante litem contestatam exceptio litis finitae opponitur, juris est, in quibus cum oppositione exceptionis ejus demonstratio actualis mox conjuncta esse debet: sufficit tamen, si pro natura processus criminalis, qui tam festinatas probationes ultro reprobat, admissa defensione, mox liquida fieri possit, et praesumatur. Aliud dicendum, si acta et depositiones lubricae testium exceptioni parum favent, nec adeo *spes* absolutoriae sententiae affulget, quo casu, quia haec iniquam *moram* inquisitioni facit, per se patet, preces inquisiti sine temeritate admitti non posse, sed potius reum ad defensionem *principalem* post examen finitum remittendum esse. Idem dicendum, quoties reus sola caussa *mitigandae* poenae se munitum esse perhibet, quippe quae

plerumque *altioris* indaginis, reumque poenam, quantumvis remissiorem, subiturum esse arguit, quod ad subeundum examen sufficit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 31.

Confessionis qualificatae effectus.

An confessionem qualificatam pertinet ea quae cum allegatione exceptionis peremtoriae facta, de qua *Obs. antecedenti* actum. Refero huc famosam speciem *infanticidii*, vel partus clandestini, hac exceptione defensi, quod infans *mortuus* natus sit, vel inter dolores partus praecipiti lapsu caput terrae lethaliter illiserit *Art.* CXXXI. *C. C. C.* Similis est, quam exhibet Auctor de reo, qui homicidium confessus, *furoris* allegatione se tuetur, *Lib.* VI. *tit.* X. *Resp.* CXII. Reum his casibus audiendum, tam certum, quam quod certissimum. Quid vero, si exceptionem probare nequeat, nihilominus tamen exceptionibus suis mordicus inhaereat. Nec scindi posse confessionem, nec ex confessione qualificata reum condemnandum, sed *fidiculis* ad verificandam exceptionem subjiciendum esse, patet tum ex *art. cit.* tum ex tradi tis Auctoris c. l. ne maleferiatis impia in promtu sit cautela, poenam ordinariam effugiendi B. PARENS *J. F. Lib.* II. *Tit.* XVIII. §. IV. Neque interest, utrum pure, exceptione opposita, fateatur, an delicto negato, *eventualiter* exceptiones peremtorias objiciat. Neque enim magis priori, quam posteriori casu fidem habent asserta, sed utrobique opus est, ut mediis veritatem eruendi se submittat, ceu contra quosdam interpretes *priori* casu reum pure absolventes, *posteriori* vero tormenta probantes, deduxit THOMASIUS *de jud. sent. in crim. ab act. removend.* §. XXXVIII.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 66.

Naevi defensionum.

Nulla pro reo allegari possunt firmiora argumenta, quam quae ex *facto*, et *jure* cum *positivo*, tum *naturali*, petuntur. Sive enim factum reapse tale non sit, quale judici a delatoribus, vel testibus repraesentatur, sive leges de eo paulo indulgentius edicant spe absolutionis, vel lenioris poena reus nunquam frustrabitur: prius a legitima *probatione*, posterius a coacervatione ejus, quod ad tollendam, vel leniendam poenam leges cum in omnibus delictis in *universum*, tum in singulis speciatim disposuere, pendet, ut Auctor variis exemplis illustrat. Utriusque indagationem et executionem solertia defensoris supplet, cujus varia specimina exhibent GRANZIUS THOENNICKER, HEILS, aliique. Licet enim quod punctum *juris* concernit, pervulgatum sit proverbium, quod jura nota esse debeant curiae, quod *factum* vero attinet, sententiam *actis* conformem esse oporteat, periculosum tamen est pro reo, his fidere, atque inniti, quod judicum, qui sententias concipiunt, non semper ea

est solertia in legendis actis, nec sufficiens jurium, eorumque applicationis peritia, aut legum localium a communibus discrepantium cognitio, eaque de caussa opus est, ut defensor necessaria suggerat, et hoc velut subsidio omnem judicis aberrationem praecaveat. Haec, inquam sunt arma, quibus, ut pugnarent advocati, omnino expediret. Sed in rebus forensibus paulisper versatus facile Bejero assentiet, qui ad *Art.* CLI. *C. C. C. Pos.* X. *et* XI. duplex vitium defensoribus exprobrat, quod nimirum aut *florido* stylo et undique conquisitis *ornamentis declamatoriis*, affectus potius moventibus, quam intellectum convincentibus, utantur, aut nimis occupentur in *allegatione legum*, ac interpretum, rationem vero aequitatis, et momenta legis ampliandi et restringendi omnino negligant. Utrumque vitiosum, et justitiae administrationi, quam lubricam reddi non oportet, exitiosum. Probo defensiones stylo nitido verbisque selectis, et objectum exprimere aptis, conscriptas, quae non sine voluptate leguntur, et taedium plerisque actis legendis proprium, mirifice temperant, dummodo ERGON in his non reconditum, sed rationes juris his floribus subinde adspersi, *primarium* industriae opus constituant. Abusus optima quaeque reddit vitiosa, quae modus, ususque temperatus commendat; Leges et praejudicia allegare, in se dum moderate, fit, delectat. Quam primum defensores in eo sunt nimii, et quod una alterave lege evincere poterat, legum, non ex omni parte quadrantium, caterva onerant, veris argumentis in suspenso relictis, nauseam lectoribus excitant, non dicam officium suum parum observant. Sed indulgendum non nunquam in his *allotriis* occupatis, ex quo enim mos in judiciis inolevit, ut sine *scripta defensione* definitive non pronunciandum sit, et reis etiam non desiderantibus sed invitis, ut, methodice pronunciata sententia videatur, defensores constituantur, saepe necessitas, et defectus solidorum argumentorum defensores his palladiis instructos, excusant, qui, quidquid scribunt, eum in finem proferunt, modo ut aliquid scripsisse videantur.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 68.

Celer probatio quid in criminalibus significet?

Quae hoc loco contra Auctorem monet adversarius Oldekop. *Dec.* III. *Qu.* III. nimis contorta sunt. Aliud est, litem praetextu defensionis protrahere, et manifesta mora, exitum differre, aliud necessariis ad obtinendum finem subsidiis innocentiae probationem suscipere. Illud notat Auctor, contra artes defensorum, quibus tali abusu caussam magis implicare, quam explicare, et sub nimia defensionis ampliatione subtrahere reum promeritae poenae, volupe est. Qua in re apud cordatos facile assensum inveniet, qui quod recta ratio improbat, probare nequeunt, ut *defensio* instrumentum *nequitiae* fiat. Celerem itaque probationem, cujus Auctor meminit, intelligo non de festinata et levi, ut ajunt, brachio conscribenda defensione, sed accipio

cum aliquo *temperamento* de tali, cui nulla *inutilis* mora quidem, sufficiens spatium tamen cohaeret id, sine quo commode finis obtineri non potest in actum deducendi. Quam interpretationem suadent, quae de favore defensionis in *excessu* profert in sequentibus.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 78.

Favor defensionis cerebrinus.

Vix in jure criminali superest doctrina, quae *praejudicatis opinionibus*, et parum concludentibus *rationibus* nititur, quam, quae de favore defensionis circumfertur, cerebrinae *aequitatis*, et intempestivae *misericordiae* figmento adeo promota, ut qui ea imbuti, parum abest, quin omnem rationem ejuraverint. Recta ratio ei non magis assistit, quam legum positivarum sanctio, prior quantamcunque curam defensionis et innocentiae habet, nihil aliud intendit, quam ut *vere innocentibus* succurratur. Tantum vero abest, ut nebulonibus praesidio sit, ad eludendam poenam promeritam, id quod tamen fit adoptatis, quae vulgo ex hoc favore deducuntur, conclusionibus posterior solo argumento *l.* 18. §. 9. *de quaest.* sustinetur quod quam imbecille sit, nemo non videt, qui novit, quod leges nostrae ita interpretandae sint, ne regulas *rectae* rationis, et aequitatis subvertant. Ita vero actum erit de plerisque huic principio subordinatis propositionibus, veluti quod *unus* testis plenam fidem habeat, *inhabiles*, etiam *sine ratione scientiae*, plene probent, etc. Admitto testes inhabiles, sed cum hoc temperamento, ut examinandi non facile repellendi sint, nec fidem aliam, quam circumstantiis convenientem facere intelligantur, nunquam talem, quae reum a juramento purgatorio liberat. Falckner *medit. de def. reor. med.* XXV. *seq.* Sunt praeterea nonnullae propositiones quae in se verae, sed parum convenienter ex *defensionis favore* repetuntur. Talis est, quod testibus delictum *negantibus* plus credatur, quam *affirmantibus*, Carpz. *P.* IV. *C.* VII. *N.* IV. Haec si de negativa *vaga* accipitur, rectae rationi contradicit, cui haud convenit, *indeterminatae* assertioni fidem habere, observante Leyser. *Sp.* CCLXXXVI. *Med.* III. Sin de negativa *loco*, et *tempore* circumscripta, vel ideo probanda, quia per eam probatio criminis *elisa*, sicut, in omni *reprobatione* contingit. Simile judicium de illis esto, quod poena *praeclusi* dicis gratia termino defensionis praefigatur, reus etiam post *conclusionem* audiatur, apices juris negligantur. Nam haec omnia in *genere* probat processus criminalis imprimis *inquisitorius*, si vel maxime de *odio* ejus h. e. *convincendo* reo agitur. Quanto magis id obtinebit, si de *favore* inquisitionis, e. h. *defendendo* reo quaestio est.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 87.

Quatenus iterata defensio admittatur?

Huic non multo dissimilis est quaestio, *quousque* repetere defensionem liceat, et annon aliquando penitus denegari possit? *Repetitionem* admittit recta ratio, quum nihil frequentius sit, sententiae prioris, post novam caussae cognitionem, correctione. Utrum vero *secunda*, vel *tertia* defensio admittenda sit, ex *rationum* deducendarum pondere aestimandum, quem in finem expedit, eas *summatim* aut omnia judici in schedula pro impetranda ulteriori defensione *exponere*, ut inquirat, utrum *relevent*, vel novae, et hactenus nondum excussae sint? quo deprehenso, judex facilius reo morem gerit Barth. *Hodog. forens. p.* 973. Sin argumenta mere recocta fuerint, quae unice ad protelandam litem pertinent, justissime eam rejicit. Quod etiam *provisionaliter* fit, si reus jam plus vice simplici, sed sinistro exitu defensionem impetravit, judex vero quas prospicit ulteriores preces in antecessum rejicit, B. Parens. *T.* II. *Cons.* MCCXIII. Plerumque defensores dimisso priori, de novo electi ulterioris defensionis admissionem *suo jure* praetendere, et, nescio quem defectum, scriptis antecessoris sui affingere solent, sed etiam hanc, ut obtineant, caussas novas speciem veri prae se ferentes, allegare tenentur.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 91.

Defensor quando criminis reo detur?

Qui verbum hujus articuli, *Fursprecher* de *procuratore* interpretantur, *novum* jus hic constitutum esse, existimant, Kress. *ad. cit. art.* quia jure *civili* aeque ac *Canonico* reo in caussa criminali abesse, et per procuratorem comparere non licuit, ne condemnatus judicium redderet elusorium *l.* 13. §. 1. *de publ. jud. l.* 26. *C. de proc. C.* 14. *X. de jud.* Sed rectius textum de reo *praesente* per *advocatum* caussas defensionis proponente accipit Bluml. *eod. N.* I. quod rationem habere, diversa appellatio *eines Gewalthabers*, quam alibi soli *procuratori* tribuerat Carolus *Art.* XIII. *C. C.C. seq.* a voce *Fursprecher* qua hic utitur, evincit. Hoc supposito nil novi hic occurrit. Indulgent autem leges defensoris admissionem, si reus talem *petierit. l.* 19. *de poen.* aliquando *non petenti* dant, si ingenii stupor, et rusticitas rei impedimento sunt, quo minus ipse excusationes suas lucide exponat *c.* 14. *de judic. Art.* XLVII. *C. C. C.* vel si apparet, reum perire festinantem, taedio vitae defensionem amoliri *l.* 6. *de appellat.* Ex quo vero opinio inolevit, defensionem necessariam partem processus criminalis constituere, nec, nisi ea praemissa, *definitive* pronunciari posse, effectum est, ut *non petenti*, defensioni *re-*

nuncianti, imo et *invito* defensores constituere suarum partium esse credant judices, Granz *de def. reor.* VII. *M.* I. *N.* IX.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CXV. N. 106.

Communicatio actorum ad defensionem pro avertenda. Variae interpretum sententiae.

Miror, quod in hac quaestione in castra Auctoris transire potuerint Keiser *Pr. crim. p.* 498. Lyncker *Resp.* CXCIX. Brunnem. *de proc. inq. C.* VIII. *M.* I. *N.* LXXV. Ludov. *proc. Civil. C.* IV. §. V. Forsan *vetustatis* opinio sententiam Auctoris magis, quam *juris* ratio promovit. Ita dudum rationatus est Clarus *c. l.* qui dum, *Quidquid sit de jure, consuetudo servat oppositum*, scribit, satis clare se ex auctoritatis praejudicio, non veritatis convictione loqui, ostendit. Idem hoc vitium nostratibus, qui ex hac schola sunt, est proprium solis allegationibus, quae colorem, et praetextum continent,promotum. Ipsa recte ratio docet, quod concesso *fine*, denegari nequeant *media* ad eum idonea, et tamen id, admissa *defensione*, sed denegata actorum *inspectione* manifeste fit. *Occulta*, et *ignota* indicia reus non magis declinare potest, quam Coecus gladio hostem insidiantem repellere, et quod admissione defensionis ex una parte indulgeri videtur, denegata actorum communicatione, ex altera iterum subtrahitur. Taceo, quod honestissimus quisque fama sinistra, aut malevolorum denuntiatione inquisitionis laqueis tantopere irretiri possit, e quibus sine magno existimationis, et impensarum dispendio, aliisque aerumnis eluctari, posita sententia Carpzovii, difficillimum, imo impossibile. Ita recte rationes subducunt Oldeck *dec.* I. *qu.* I. Kress. *ad art.* VI. *C. C. C. in f.* Granz. *de def. reor. C.* V. *M.* I. *S.* III. *N.* LV. Berg. *El. crim. p.* 344. Quae his vulgo opponuntur momenta, huc redeunt, occasionem reo porrigi se ad eludendum futurum examen praeparandi, excogitatis non modo mendaciis, et exculpationibus, de quibus, si mox respondisset, forsan non cogitasset, verum etiam tentatis variis artibus, quibus testes propalatos corrumpere, summovere, aut timidos reddere potest. II. Satis reo consuli ista communicatione, ubi post examen ad defensionem *principalem* deventum. III. Interesse rei publicae, ut processum maturetur ejusque protractio, et disputatio de habilitate vel inhabilitate testium impediatur, Lynck. *decis.* DCVI. et *Resp. cit.* Verum ad I. recte reponitur, judicem plaustra excogitatarum allegationum parum curaturum, nisi reus ipsum de veritate allegatorum convicerit; magis eumdem connexionem depositionum a testibus factarum circumspecturum, quam reorum commenta, et subterfugia; corruptionem, vel subornationem in testes probatae fidei non casuras esse, hanc rationem mere particularem, et ad summum *abusum* communicationis actorum involvere, qui usum ipsum tollere nequit; hoc solum recte concludi, quod non promiscua esse communicatio, sed cum caussae cogni-

tione fieri debeat, nec injuste aliquando denegari possit, si probabilis metuendi abusus ratio emergit, et nec acta nec conditio rei probabilem innocentiae spem suggerunt. Ad II. parum prospici reo, remissione ad defensionem *principalem*; quaestionem hic esse de praecavendis sumtibus, aerumnis; famae dispendio; solam innocentiae deductionem in exordio suscipiendam huic inservire; defensionem *principalem* ablatum et causatum praejudicium vix restituere; absurdum esse per circuitus metam pertingere, quae sine lubrico difficultatum et laborum obtineri potest; falsum odii hujus defensionis esse suppositum, aut, si quid odii conjunctum habet, illud ad quaestionem *an concedenda*? pertinere, non ad eam, qua, indulta defensione, de solis *mediis* huic convenientibus quaeritur. Ad III. parvam moram nullam moram, aeque expedire, ne insontium existimatio temere disperdatur, ac utilitatem publicam sontium promtam vindictam exigere; a Judicis solertia maturationem futurae sententiae magis pendere, quam a nimis festinato examine articulato; si quae mora cavenda, expedire potius, ut inutiles quaestiones, et alia molimina ipsius judicis, caussam remorantia, resecentur. Mediam viam non nulli ingrediuntur, distinguendo, utrum ex instigatione et periculo *delatoris*, an ex *officio* judex procedat? hoc, non illo casu communicationem probantes, Boss. *de inquis. N.* LXX. Alex. VII. *Cons.* CXX. Non multo aliter Mevius qui *P.* VI. *Dec.* CCLIII. CCXCI. tunc, quum reus *innocentiam* propter quandam exceptionem probare intendit, acta denegari, eo casu vero communicari, improbat, si inquisitionem ex solo capite *nullitatis* et neglecti *ordinis* legitime declinare vult. A quo parum absunt, qui, quoties in defectu, et ineptitudine protocolli caussa defensionis collocatur, reo subveniendum esse, judicant. Wildvogel *Resp.* CCXCVI. Quid? quod in delictis *difficillimae probationis* speciem habere preces rei, editionem actorum urgentis, existiment Wittebergenses apud Bergerum *p.* 341. Sed, quid opus refugiis, ubi recta ratio, quae circa omnis defensionis media eundem favorem habet, in universum pro reis militat? Praestat potius ejusmodi tricas, quae jurisprudentiam, turpiter commaculant et fastidiosam reddunt, e foro relegare, quam doctrinis planis, et in ipsa aequitate fundatis, inutilibus, et propria, aut singulari ratione destitutis *limitationibus* accumulare, omnis circumspectio judicis sola inquisitione, utrum concedenda sit defensio, absolvitur. Haec rationem habet, docetque, in *dubio* quidem indulgentiorem esse debere judicem, contra difficiliorem, ubi vel graviora indicia, quibus retundendis reus verisimiliter vix par est, obstant, vel si defensio semel iterumque post confirmatorias sententias urgetur, ut in *El. jurispr. crim. S.* I. *C.* IX. §. CLXIX. docui. Plane post responsionem ad articulos ad instruendam defensionem principalem acta edenda esse, ad unum omnes fatentur, Heils *de proc. inquis. C.* IV. §. XVIII. dummodo defensori copia in loco *judicii*, praesente Secretario fiat, cum indulto spatio ea in usus proprios extrahendi. Neque enim probari potest mos, quo fa-

cultas defensori conceditur *domi* ea perlegendi, ne,quod nonnunquam contingit, dolo vel oscitantia defensoris, acta fiant manea, aut aliis laciniis depravata.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 22.

Vetus consuetudo sententiam ab extraneis petendi causa in depravato judiciorum criminalium statu quaerenda. Utilis hodienum transmissio actorum.

Quotquot hic conglomeratae rationes, ejusmodi circumstantiis absolvuntur, quae vel particulares sunt, vel judicibus *inquirentibus* solis non conveniunt, sed etiam ipsa *Collegia* JCtorum concernunt. Metus enim, quem prior ratio prae se fert, in omnes, qui ad pronunciandum constituti, cadere potest; ignorantia vero judicum plebejorum aliis judiciis *oppidanis* peraeque est communis; denique nec, quam natura *collegii*, pluribus membris stipati, subministrat ratio, universalis est. Et tamen *transmissionem* in universum Carolus V. judiciis injunxit: ergo talem subfuisse rationem oportet, quae ad solos judices inquirentes quadrat, omnibusque ejus sortis communis est. Cogitavi aliquando, invecto juri *Romano* forsan transmissionem actorum adscribere,quasi, qui JCti olim audiverunt, JCti hujus juris periti fuerint, et venerandum hoc nomen moverit legislatorem justitiae administrationem penes eos quaerere, quibus istud sacerdotium velut *proprium* creditum fuit. Sed desii ita cogitare, ex quo historia judiciorum Germanicorum mihi suggessit, non *novum* quid esse hanc ab extraneis factam sententiae requisitionem, sed a multis retro temporibus, diu ante receptum jus Romanum, servatum morem adire eos, qui in *Scabinos* cooptati, et magnam, non dico majorem, quam hodierna collegia JCtorum, peritiae in moribus domesticis sibi conciliaverant opinionem; consequenter sanctionem Carolinae meram repetitionem, et confirmationem inolitae consuetudinis comprehendere. Atque haec ipsa circumstantia caussam sufficientem, ex qua profluxit transmissionis necessitas, continet. Huic sociam dabo insignem veterum *judiciorum corruptionem et ignorantiam*,non modo inferiorum, sed quorumcunque Assessorum, qui vel de *plebe*, vel ex *opificiis* erant, de quibus passim non modo queritur Carolus V. dum eos *den gemeinen Mann, einfaltige und Leute, die die Rechte nicht gelernet haben. Art.* CXXXVIII. CXLII. CXLVI. CL. vocat,verum *in dem Rathschlag des verordneten kleinen und grossen Ausschusses der Reichs Stande de anno* MDXXI. totidem verbis hanc corruptelam repetit, et tandem addit: *Das melden wir darum, dass die Leser Ursach zu wissen haben, warum wir in dieser Ordnung so viel auf Rathsuchen gestellet haben.* Reformatis subinde in melius judiciis, caussa iste quidem cessavit, retenta tamen transmissionis in criminalibus in hanc usque diem necessitas, sola *utilitatis communis* ratione commendata, ut in rebus tanti praejudicii eo certius constet, nil *partium* studio datum

esse. Quotusquisque enim est judex inquirens, qui hanc sinistram suspicionem effugere potest? sive quod nimius sit in *indulgendo*, sive quod in *atrocitate excedat*. Caussam ipsi reorum *mores* suggerunt, dum alii pertinacia, et effugiis operam ac diligentiam judicis retardantibus, ejus *indignationem* in se provocant; alii *lamentationibus, lachrimis, ejulatu misericordiam* ejus excitant: illi *severitatis*, hi *indulgentiae* fructus nimios experiuntur, consequenter vix judex inquirens, reos *coram* examinans, existit, qui *justitiae* aequilibrium in pronuncianda sententia observare potest. Haec impedimenta cessant in *extraneo* judice, cujus *affectus*, etsi nonnunquam lectio actorum commoveat, ad modum tamen rei *absentia* temperat, ut ad minimum multo *liberiore* pronuntiandi facultate gaudeant. Quare non adeo improbanda, quae hodienum obtinet ab extraneis quaerendae sententiae consuetudo, licet tum superiora, tum civitatum imperialium judicia eamdem non stricte servent, sed *proprio* Marte, quid juris contra reos, saepe definiant. Quae quondam in Germania fuerit indoles, vicissitudo, amplitudo, obligatio provocationum ad *curias superiores*, in quibuscunque caussis plenius exposui in *praefatione ad T.* III. *P.* II. *Consiliorum B. Parentis.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 28.

Transmissio actorum ad ferendam sententiam arbitraria, sed olim famosissima. Quando hodie necessitatis sit?

Non modo *poenae* criminalis definiendae caussa sententia ab extraneis requirenda, verum in genere quoties in processu criminali per modum *sententiae* quid definiendum. Nulla itaque ipsius judicis inquirentis pronunciatio, sed tota salus rei in decreto JCtorum sita, ad quos sententiae concipiendae caussa acta transmittuntur, in quo caussae criminales a civilibus differunt. Vetus jam est haec persuasio, in turbulentis Germaniae temporibus, quibus judiciorum *miserrima* conditio, nata, ac inter calamitates ac ignorantiae tempora propagata. Ipsi assessores judiciorum raro jura callebant, sed ex infima fece *plebis* eligebantur, a quibus frustra judicium *solidum* expectatum. Contra pedetentim fama increbuerant nonnulli *scabinatus*, stipati assessoribus, juris Germanici assertoribus gravissimis. Ad hos frequens erat recursus diuturnitate temporis adeo obfirmatus, ut in morem et obligationem *perfectam* tandem abiret, requirere ab his sententiam cum civilem, tum imprimis criminalem, ut plenius docui in praefat. ad B. Parentis *Consil.* T. III. *P.* II. Ipse Carolus V. *art.* CCXIX. ad haec collegia judices remittit, cumque in finem ad *obser-*

vantiam praescriptione firmatam, provocat, simul tamen *Academiarum* tum temporis in Germania jam erectarum, mentionem facit. *Necessitatem* absolutam petendae ab extraneis sententiae ex legibus evincere nequeo; nam ubique, quoties *Carolina* transmissionem urget, conditio adjecta, *wenn ihnen Zweiffel vorfiel* quae certo certius arguit, judicem ipsum ex mente Caesaris, si caussa liquida, valide pronuntiare posse. Sed usus forensis hucusque *puram*, et *absolutam* obligationem judicibus imposuit, sententiam ab extraneis hauriendi, quatenus I. jura alicujus provinciae non refragantur, quorsum terras regis *Borrussici* refero, in quibus non tantum Berolini peculiare Collegium criminale erectum, et ad ferendas ejusmodi sententias destinatum, verum etiam secundum Codicem Fridericianum cuilibet judici, *jurisdictione criminali* donato, indultum in caussa criminali pronuntiare. II. Hic mos ad judicia *inferiora* restringendus, quorsum ea, quibus *justitiarii nobilium* vel *senatus civitatum municipalium* praesunt refero, dum eorum plerique assessores aut ex *rustica* gente, aut ex *opificibus* cooptati, nec praeter syndicum, aut actuarium litterati in iis supersunt. Hoc impedimentum cessat in dicasteriis *supremis*, vel civitatibus *imperialibus*, quae litteratis, et in jure criminali dicundo peritis abundant, eaque de caussa ad transmissionem actorum, si quam decernunt, ex mero *arbitrio* confugiunt, saepe vero immediate sine hoc subsidio pronunciant, Brunnem. *Cons.* CVIII. *N.* XX. Kressius *de var. jurisd. crim. gener. Obs.* V. §. III. *N.* II. Quod etiam de terris Luneburgicis testatur Puffend. *Introduct. ad prax. crim. C.* XVIII. § III. Imo in *levioribus* nihil obstat, quominus judex ipse de plano pronunciet, veluti si de leviori poena pecuniaria, vel carcer aliquot dierum quaestio est. Denique III. *objectum*, quod definiendum, praxin moderatur. Aut enim id formalem *sententiam* requirit, aut per modum simplicis *resolutionis* definiri potest. Ibi transmissionis necessitas sese exserit, veluti si de *medio* eruendi veritatem, *tortura*, *territione*, *purgatorio*, vel *poena* imponenda pronuntiandum. Hic vero potest quidem sententia in casu dubio et intricato peti, nulla autem necessitas judices, etiam *inferiores*, ad hoc cogit, sed illis permissum, rem de plano definire, veluti si de habilitate *testium*, *incarceratione* rei, *relaxatione* incarcerati, *salvi conductus* concessione, denique de responsione *ad articulos* quaestio emergit, nisi hoc posteriori casu defensionem *pro avertenda* reus obtulerit, super qua, quia factum ipsius judicis concernit, in caussa *propria* vero nemo habilis judex est, non aliter, quam mediante sententia ab *extraneis* pronuntiandum.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 32.

Nec a reo exceptum nec privatim consultum pronunciat.

In conquirenda sententia *sinceritas* judicis pronunciantis omne punctum fert, quem in finem merito caven-

dum, ne quid in injuriam rei fiat, aut ei desuper querendi occasio subministretur. Quem in finem eligi quidem libere potest collegium JCtorum, modo quod leges indulgent, contra illud non *exceperit* reus, nec illud a reo *privatim* antea *consultum*, *nec requirente* judice, in *eadem* caussa jam olim ab eo pronunciatum fuerit. Granz. *P.* I. *p.* 578. Brunnem. *Anweisung zu Anstellung des Inquis. Process.* C. IX. §. I. II. In omnibus enim hisce casibus *suspicio* non levis tale collegium gravat, cui abolendae in re tanti momenti omnem operam navare judicem, regulae *prudentiae* suadent, quod aliter fieri nequit, quam ejusmodi Collegio a sententiae latione excluso. Difficilior definitio est, an exceptum vel consultum collegium tali inhabilitate laboret, ut sine *nullitate* pronunciare nequeat. Ego hoc temere non affirmaverim. Nam, quod ad exceptionem contra certum collegium factum pertinet, palam est eam ut plurimum hoc solo sine suscipi, ut *mori recepto* satis fiat, raro ex caussa *sufficiente*, adeoque nil movet, cur non sententia a judice excepto pronunciata nihilominus valeat. Idem quoque de eo dicendum casu, quo denuo ad judicem, qui olim pronunciaverat, itur, quia hoc ipso non eo minor justitiae et integritatis praesumptio violenta pro eo militat, nec is facultate sententiam etiam contra eumdem reum in futurum ferendi destituitur.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 48.

Convictio aut confessio desideratur. Explicatur Art. XVI.

Morem, *convictos* non nisi praevia *confessione* ad mortem condemnandi, claris verbis comprobat ordinationis criminalis *Bambergensis Art.* LXXX. qui, dum convictos ante omnia *torqueri* jubet, non potest non essentiam condemnatoriae sententiae in *confessione* collocare. Non vetus est haec opinio, sed recentioribus demum temporibus debetur. Quondam convictionibus per probationes vulgares, vel *durch das besibnen*, hoc velut proprium fuisse novimus, ut reus sine mora supplicium subiret. *Confessionis* praeterea exactae nec vola, nec vestigium superest. Et qui eam exigere potuissent majores? quum negantes, et de innocentia excipientes has probationes subire juberent, ut his ipsis suspicionem eliderent, ni pro convictis haberi vellent. Haec principia adhuc servat *speculum Saxonicum*, et multitudine hujusmodi probationum abundat. Ex quo vero his sublatis usus *torturae* cum jure Romano introductus, evenit, ut confessio semper primas partes tenuerit, et nulla certior via ad condemnandum reum superesse credita fuerit, sive ea *sola*, sive praeterea cum aliis mediis convincendi *conjunctim* crimen liquidum redderet, donec tandem hunc articulum emendaret Carolus, *et Art.* XXII. convenien-

ter in *Art.* LXIX. usum torturae, ab eaque dependentem confessionis necessitatem praescriberet. Solus *Art.* XVI. adhuc negotium facessit, quem quidem Auctor *N.* XXXVIII. de reo solis indiciis gravato accipit, nec tamen a *contradictionis* nota penitus liberat. Non enim satis liquidum, an haec interpretatio sustineri possit, propter verba, *offentlich und unzweifelich ist*, *oder gemachet wirrd.* Certe *unzvveifelich machen* naturaliter idem notat, ac *liquidum* facere. Quidquid sit, ego articulum de delicto solis *indiciis* gravato intelligo, sive quod, uti eum explicant Stephani Clasen, factum ipsum sit liquidum, (quod *notorium* veteres dixere) circumstantia autem reatum constituentes v. c. doli, culpae, in ambiguo fuerint, sive aliunde insignis tantum *verisimilitudo* criminis concurrat. Suadent hanc acceptionem cum *exempla* in eodem relata, tum in specie regulae *interpretandi*, tantam contradictionem non ferentes, quantam propter allegatos articulos admittere necesse foret, si species convictionis in hoc lateret. Certe *tertium* exemplum de spolio apud aliquem deprehenso *indicii* terminos non egreditur, et de receptatione quidem convincit, de *rapina* commissa, vel *societate criminis* contracta tantum gravat. Alterum, quia non determinat, utrum reus ab *uno*, vel *pluribus* testibus deprehensus, in delicto fuerit, sed *indefinito* vocabulo, *so man jemand etc. in der Ubelthat betriffi*, profertur, praeterea ad summum, de solo facto *physico* fidem facit, non melioris conditionis est. Solum *primum* exemplum me detinet. Si enim quis est *ein offentlicher muthvvilliger Friedebrecher*, de ipso reatu et criminis qualitatibus non potest non constare. Verum enim vero, uti *offentlich*, *unzvveifelich* Imperatori idem est ac valde verisimile, ceu ex *Art.* XXIX. *C. C. C.* apparet, ita vox *muthvvillig*, quia Carolus sibi constitisse, non contraria statuisse videtur, cum hoc temperamento accipienda, ut referri debeat ad eum, qui ex facti *externi* qualitate pro reo doloso in dubio habetur, non tamen excusationibus destituitur, quibus justitiam invasionis se defensurum confidit. Atque hactenus quoad praxin, etiam verum est, reo *plene* convicto, supersedere posse judicem cura confessionem extorquendi, ceu Commentatores ad *Art.* XXII. et LXIX. ad unum omnes testantur. Reinhard. *de condemn. ejus qui nondum confess. in criminal.* §. IV. In solis criminibus facti *transeuntis* diversum constituunt, imprimis in delictis *carnis*, quae seminis immissionem ex vulgari praejudicio requirunt, cujus veritas aliunde, quam ex confessione ipsius rei elici nequit, Kress. *ad Art.* XXII. *C. C. C.* §. I. *N.* II. Neque aliter se res habet, si praxin species, sed parum convenienter principiis jurisprudentiae naturalis, vel supra de adulterio dixi.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 58.

Condemnatio ex indiciis nulla.

Quae circa hoc caput in praesenti articulo fugitivo et huc parum quadrante, notabilia sunt, occupavi supra *Qu.* CXIV. *Obs.* I. quorsum lectorem remitto.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 63.

Natales juramenti purgatorii. Usus ejusdem valde restrictus. Expedit plerumque poenam extraordinariam imponere. Utrum ante responsionem ad articulos locum habeat?

De indole, natura et usu *juramenti purgatorii* in criminalibus, speciali dissertione egit B. Parens, quam integram habes in *I. E. tit. de prob. can.* Circa *natales* observo, non adeo expeditum esse, quod vulgo asseritur, eos juri *Canonico* deberi. Apparatus, quem cum *juramento* conjunxere canones, quidem effecit, ut illud hoc jure velut in novam *formam* redactum fuerit. Sed usum ejus jam noverunt tempora, quibus veritas *Christiana* in Germania nondum illuxerat. De *Islandis* Jonas *rer. Island. C.* XII. suspectos de crimine sub *ethnicismo* se haec via purgasse, refert. Tum Frotho Daniae rex, qui tempore nati Christi vixisse traditur, referente Saxone Grammat. *Hist. Dan. L.* V. *p. m.* 86. de usu juramenti purgatorii testaturus inter alia edixit: *Ne lis ulla jurisjurandi fide aut pignorum positione contraheretur, de qualibet vero controversia ferro decerni sanxit, speciosius viribus, quam verbis confligendum existimans.* In eamdem sententiam descendit Heineccius I. *G. Lib.* III. §. CCCLIV. *in not.* qui, juramento hoc ex jure *Romano*, vel *Canonico* repetentibus exprobaturus, scribit *Multo antequam Germani juris vel Romani vel Canonici notitiam aliquam habere coeperant, apud eos fuit locus jurejurando purgatorio, si facinus nec manifestum, reus vero integrae existimationis esset. Quid vero opus est, ut rem jam antiquissimis temporibus domi receptissimam et in foris nostris quotidianam ex jure peregrino arcessere velis?* Verum *promovisse* praxin hujus juramenti juris *Canonici* auctoritatem, vel hoc indicio est, quod cum eodem apparatu, eadem miraculorum opinione, quam canones suggerunt, in foris criminalibus Germaniae criminum rei jurare jussi, donec sacris *repurgatis* retenta assertione religiosa, reliqua superstitiosa resecare Protestantibus visum. Praxin ejus determinant praeter *mores delinquentis*, usus *torturae*, in cujus velut *suplementum* illud retinetur. Unde uti *honestis*, non malae famae hominibus, via ad purgatorium aperta est, ita ad illud toties recurritur, quoties caussa in terminis *indiciorum* continetur, ad *fidiculas* vero haud qualificata est, sive quod status *naturalis*, vel *mo-*

ralis rei torturae obstet, sive quod ad eam non *sufficiant*, quae deferuntur, indicia. Praestaret vero, ad illud *rarius*, et non nisi tum confugere, si *integritas* morum, et verisimillima *innocentiae* argumenta id commendant, GRANZ. *P.* I *C.* V. *M.* II. *art.* IV. *N.* CDXLVII. Sin vel *minima* levitatis animi praesumptio concurrit, semper caussa suspecta est, quae judicem praecavendi *perjurii* studiosum, monet, ut potius reum ab *instantia* absolvat, hac formula: *Dass wider inculpaten in Mangel hinlanglicher Anzeigen vor der Hand nichts weiters vorzunehmen, inzwischen die Acta verwahrlich hinzulegen, und auf sein Leben und Wandel genaue Aufsicht zu haben etc.* Qui sententiandi modus admodum rationabilis est, dum quoad *praeteritum* reum non *prorsus*, sed *hactenus*, donec plura et sortiora emerserint indicia, liberat, quoad *futurum* eumdem in officio continet ob perpetuum metum, ne similitudine actionum ad *resuscitationem* caussae in medio relictae occasionem porrigat, cui quoties pejoris vitae, delicti praeteriti indicis, argumenta emergunt, in perpetuum exponitur. Sola, quae hic intercedere posset, negligentia regularum processus, in quas impingit haec pronunciandi methodus, rem non facit *vitiosam*. Licet enim parum commode, *non gravatum* esse, in formula pronuntiandi dicamus, quem antea ad articulos respondisse constat, satius tamen est, perjurium hoc modo praecavere, et de regulis processus incongrue quidem, ast innoxie, arbitrari.

Inter eadem dubia fluctuat quaestio, utrum *ante responsionem ad articulos*, mox hoc juramentum injungi possit? Qui corticem *regularum* processus sequuntur, eam negant, quod ordinarie reus juraturus ad articulos *antea* respondere debeat. Qui vero regulas processus ex suo *fine* aestimant, et quod innoxius earum neglectus *veritati* aut *communi utilitati* non praejudicet, norunt, *arbitrio* judicis hoc relictum esse perhibent. Usum haec quaestio potissimum habet, quoties circa defensionem pro avertenda reus laborat, nec omnia omnino indicia pro declinando examine articulato elidere potest, quo casu hoc refugium *magni pretii* est, sive reus in defensione pro avertenda ad id *eventualiter* se offerat, sive judex ex *officio* ei per hoc prospicere velit, quum, quod *recta* ratio suggerit, utroque modo a *vitio* alienum sit. Quantopere hic varient interpretes, patet ex BERGERO, *El. crim. pag.* 202. Fatetur is *irregularitatem*, nihilo secius tamen in *affirmativam* inclinat, quae studio *abbreviandi* processum admodum favet, maxime si in antecessum apparet, nec post responsionem reum durius subiturum esse veritatis, eruendae medium. Hoc si non adeo *liquidum*, imo potius ob indiciorum gravitatem *tortura* longe verisimilius imminet, satius est, regulae inhaerere, et intempestivum ZELUM cohibere. Imprimis hoc remedium tanquam extraordinarium in eorum tantum gratiam admitto, qui *natalibus* celebres, vel in *dignitate* quadam constituti sunt, vel *opificium* exercent, quia utrisque intolerabilis, et valde praejudicialis responsio ad *articulos*, hoc autem auxilium admodum proficuum est. Nam ut quoad inferioris sortis

homines, quibus responsio ad articulos non adeo fraudi futura, regula temere convellatur, ratio non patitur prorsus, ac in simili specie ratiocinatur Beyer *Ad art.* VI. *C. C. C. Pos.* VI. *seq.*

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 67.

Justitia probationis pro declinando juramento.

Sed forsan *praejudicii*, et *gravaminis* defectus huic probationi impedimento erit! vox vulgi enim est, reum de innocentia vere persuasum per recitationem juramenti gravari. Imo potius clamatum est. Verum cogitandum, homini honesto etiam jurandi necessitatem *intolerabilem*, et perpetuo *opprobrio* esse, saltim apud iniquos rerum aestimatores, quorum semper in civitate maximus est numerus. Cui accedit, quod praeterea restitutio *expensarum*, cum juramento connexa, subministrat praejudicium, sua natura ita comparatum, ut *contradictionem* omnino justificet.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXVI. N. 79.

Praestito juramento reus definitive absolvendus. Nova vel antea incognita indicia retractationem caussae operantur.

Si hoc juramentum verum everriculum omnium criminis suspicionum est, fieri aliter nequit, quam ut, perinde ac in tortura juris est, *plenam* eamque *definitivam* absolutionem operetur. Interim haec ulterius effectum non habet, quam quousque indicia cognita fuerunt. *Novorum* indagationi illa haud praejudicat, Myns *Lib.* II. *Obs.* LXXXII. Mev. *ad Jus Lub. Lib. II.* Tit. III. *A.* III. *in fine*, quod regulis juris convenientissimum, quae *rei judicatae* exceptionem tunc tantum probant, si *eadem caussa* ex *eodem* fundamento suscitatur. Utrum tamen liberatio a caussa principali ad *expensas* trahi possit, commodius infra exponam *Qu.* CXXXVIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXVII. N. 8.

Argumenta contra usum torturae et pro ejus usu.

Tritissima est, circa quam se hactenus exercuerunt interpretes, de moralitate torturae, controversia. Qui

tormenta damnarunt, et profliganda e foris censuerunt, sunt Zepperus *de LL. Mosaicis Lib.* V. C. X. Grevius *in tribun. reform.* Bachov. *ad Wesenb. tit. de quaest.* Mathaei *de crim. Libro* XLVIII. *tit.* XVI. *C.* V. Regnerus *cens. Belg. ad tit. de quaest.* Augustus Nicolai *in Diss. morali et juridica, si la Torture est un moyen sûr à verifier les crimes secrets MDCXCVII. in latinam linguam translata.* Hackius et Schaller *de tort. in for. Christ. non tolerand.* Thomasius *de tortura e foris Christ. proscrib.* Sed promachos laudo Taborem *tr. de tort. et jud. C.* II. *pag.* 438. et Volt. *ad ff.* Huberum *tit. de quaest* §. I. Struvium *in diss. crim. th.* XVI. Bornium *in programmate an fas sit in republica judiciisque Christianis torturam tolerare.* Bodinum *de usu et abusu torturae.* Illi abusum, fragilitatemque asperrimi remedii crepant, et his omnes suas rationes subordinant: hi solertiam judicis abusum moderari, nec propter hunc ipsum usum tolli, tradunt. In his, inquam, nervus totius controversiae, si ad lydium lapidem examinatur, consistit. Mihi argumenta eorum qui ex priori classe sunt, quantamcunque demum speciem habeant, nunquam id persuadebunt quod iis intenditur, maxime cum eadem fragilitatis ratio *testium* depositioni, ipsis legibus probatae, aggeri queat. Non sufficit in relegandis remediis periculum, quod cum iis ex *accidente* conjunctum esse potest, allegare, sed alia, et talia quidem substitui oportet, quae eodem vitio *non* laborant, quod hucusque factum esse, non memini. Si tormenta proscribimus, omne praesidium nobis in *artificiali* probatione, quae solis *indiciis* absolvitur, necessario quaerendum. Quaestio autem praejudicialis est, an non hujus lubricum *gravius* miserisque funestius sit, quam quod sub *tormentis* latet. Certe poenas capitales ob praesumptiones de reis sumere, inquisissimum, si non inhumanum est. Ad *extraordinarias* in universum confugere securitati publicae est exitiosum, quum maleferiati, demto metu poenae promeritae, et spe vitae obtinendae, nihil non sunt ausuri, a quo solus metus mortis, et vitae gratissima recordatio eos cohibet. In *juramento* pedem figere his temporibus, quibus pro dolor! levitas animi in peierando parum curator ab hominibus, adhuc magis fragile est. Quocunque ergo te vertas, graviora obstacula reperies in surroganda pro tortura alia medicina. Est tortura malum, sed *necessarium*, et posita malitia hominum, veritatem factorum subvertendi, inevitabile, Leys. *ad ff. sp.* DCXXX. *Med.* I. Studendum ergo tantum, ut temperetur, et moderata, nec nimis festinata applicatione graviores abusus evitentur, quod, positis, quae eam in rem in legibus prostant, principiis, fieri palam est. Egregie, simulque ingenue ratiocinatur Tenzel *de tort. test. C.* II. §. II. *in not. Fateor* inquit, *Doctores, magnum impendisse laborem, quo torturam magnatibus et principibus redderent invisam, sed plane vento, et auro disputare, exinde saltim patet, quod in reprehensione omnes fuerint occupati, nullus vero ingenium in eo exercuerit, quod commodius aut melius veritatis indagandae remedium suppeditaverit; non itaque*

ego tam anxie inhaerendum quaestioni puto, ut nunquam ab ea recedi possit, sed solum legitime adhibitae tamdiu esse fidendum, donec aliud probatius remedium inveniatur, quod tamen in rebus humanis vix evenire poterit. Videmus certe omnes res nostras, omnesque processus posse esse fallaces, quoniam sumus homines, ita etiam veritatem non possumus aliter investigare, quam inter homines fieri potest. Uti enim fallere potest, quando quis per duos testes omni exceptione majores ad ultimum rapitur supplicium, inde tamen non omne tollitur judicium, sufficit ea media easque praecautiones adhibere, quibus majora evitantur, licet, praeter intentionem minora eveniant.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXVII. N. 18.

Fata torturae inter Romanos et Germanos.

Ipsa *origo* torturae *Atheniensibus*, et *Rhodiis* debetur, ut refert Curt. *Lib.* IV. *Hist. C.* X. *N.* XXXII. *Lib.* VI. *C.* II. *N.* XXXVI. et probavit Griebner. *Opusc. T.* V. S. VI. *pag.* 156. ususque inter hos tam late extensus, ut non modo in servos verum etiam *liberos* fuerit exercita, teste Cicerone *in part. Orat. N.* XXXIV. Horum exemplum, uti in aliis pro administrandae reipublicae partibus, imitati sunt *Romani*, ita quoque hoc remedium pro eruenda veritate ab illis adoptarunt, eo solo cum temperamento, ut ejus tantum usum probarent in *mancipiis* sive *proprii* delicti insimulatis, sive in *caput Domini* interrogatis. II. *indiciorum* non haberent rationem. Utrumque postea paululum mutuatum, dum, mitescente saeculo, sine suspicionibus, ad hanc lineanam provocare nefas creditum, *l.* 18. §. I. *de quaest.* et eversa Republica, sub imperatoribus ea ad liberos, et *ingenuos* quoque translata, teste Schilt. *Ex.* XLIX. §. CLXIII. Priscos Germanos horruisse tormenta, et substituisse probationes *vulgares* per duellum, ignem, testatur Idem. §. CLXIV. Supersunt tamen quaedam eorum vestigia, quorum non omnes, sed nonnullae Germanorum leges mentionem faciunt, certo argumento, morem hunc non fuisse in Germania *universalem*. Ad *servos* torturam restringunt *lex. Sal. Tit.* XLIII. Wisigoth. VI. I. II. *Baiuar. Tit.* VIII. *in fine* rara in horum executione mentio fit ingenuorum, *lex Wisig. c. l.* et quae oeconomia *Francorum* circa torturam ingenuorum ex Gregorio Turonensi *in El. jur. crim. S.* II. §. CCXXIX. retuli exempla, non ad ordinem judiciorum regularem, sed *facta principis extraordinaria*, et atrocitatem *proditionis* pertinentia. Servarunt quoque morem servos in *caput Domini* interrogandi, ut ex *lege Wisig. c. l. et Edict. Thodor*. §. C. apparet. Tum servos super scamno seu equuleo extenderunt. Quae omnia satis consentanea legibus Romanis, et sic ex iis omnino adoptata. Sub *medio aevo* fere evanuit iste excruciandi modus, postquam Germani *sortium* ab aetate studiosissimi, circa probationes *vulgares*, seu *ordalia* occupati, his ipsis res obscuras ad liqui-

dum producere studuerunt. Promoverunt hoc studium *Clerici* additis ritibus, et *exorcismis*, ut res speciem *religionis* habere, et verum *divinum judicium* subesse videretur, cui non poterat non tortura cedere, et memoria ejus prorsus obliterari. Bina *specula* horum sunt plenissima, et ne verbum quidem de quaestionibus referunt. Singulare utique est exemplum quod ex BOTHONIS *Chronico de Anno* MCCLXXXVI. refert LEIBNIZ. *Rer. Brunsvv. T.* III. *p.* 371. et ex eo DE LUDEVV. *ad A. B. T.* II. *p.* 418. ubi tortura insolita appellatione, *der Unvernunfft* venit. Pedetentim plura exempla emerserunt, maxime ex quo ab INNOCENTIO III. processus inquisitorius introductus, et tribunalia in odium *haereticorum* passim erecta, cujus praxeos notabile exemplum, *de Judaeis Argentinae dirissime excruciatis* superest apud BISCHOFF *de usu septem sacram. in prob. crim. p.* 89. Serius tamen ad judicia *ordinaria* criminalia transiit quaestio, et adhuc *Sec.* XIV. ad *inconsueta* relata, usque adeo, ut civitas *Eslinga* privilegio Caesareo se indegere crederet, pro introducenda in odium *pacifragorum* torturae specie, ceu ex DATTIO *de P. P. Lib.* I. *C.* I. *N.* XCII. discimus. Tandem *Seculum* XV. usum probationum vulgarium penitus obliteravit, et *novum* hunc modum judiciis criminalibus fecit communem. Quod aliunde, quam ex usu juris *Romani* repeti nequit, cujus praxis hoc ipso tempore notabiliter crevit, et in dies aucta est. Equidem THOMASIUS *de occas. et concept. Const. Carol.* §. XXI. originem *Clero* tribuere mavult, sed parum accurate, quum judicia ecclesiastica per integrum *Sec.* XIV. quaestiones contra haereticos exercuerint, nec tamen efficere potuerint, ut judicia secularia eadem vestigia premerent, consequenter nulla ratio solida dari possit, cur posita sententia THOMASII non citius, sed tunc demum, ubi ipsius juris *Romani* auctoritas demum innotuit, fuerint receptae.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXVII. N. 67.

Tortura gradus mensura. Initium fidicularum quid notet?

Quae tormentorum species Romanis fuerint familiares, quibusque uti coeperint judicia Germaniae, magno cum apparatu egregie nuper docuit CL. GRUPEN *in Obs. de applicat. torment*. Praxis hodie non ubique eadem est sed mirifice variat. Sunt quidem pleraque judicia ad morem judiciorum *Saxonicorum* adornata, sed alicubi nota instrumenta, *Mecklenburgicum et Bambergense*, quorum tamen habere non solent rationem collegia JCtorum, nisi ubi *speciali* principis consensu eoque vel generali, vel in caussa quadam *speciali* rescripto fuerint probata, ENGAU *El. jur. crim. Lib.* II. §. CCXXVII. Circa *gradus* torturae laborare supervacuum mihi videtur. Olim non erat sic, quum formulae pronunciandi certae, *singulos* gradus denotantes, essent invectae, ob quarum praxin, gradus scire, oportebat, de quibus agit GRUPEN *c. l. C.* IX. Ex quo vero formularia ista jurisprudentia hodie mirum in modum mutata, et

species torturae in sententia nominatim exprimere moris est, supersedere possumus anxia, et in solo JCtorum cerebro nata de *tribus* gradibus torturae, doctrina, quin potius tot gradus statuendi, quot instrumenta usus probavit. Hic enim supplet Carolinam, quae, nulla graduum mentione facta, in eo acquiescit, quod tortura pro arbitrio judicis, *hart* vel *gelinde* applicari debeat, *Art.* LVIII. *C. C. C.* Multo minus ordo vetus servatur, ut compressionem pollicis praecise immediate excipiant fidiculae, imo potius his subinde intersperguntur compedes, *die spanische Stieffeln*, ut ex variis sententiis observavi, neque adeo incongrue, quum fidiculae omnium *durissimam* speciem constituant, et sic eas prope ad finem torturae, in qua *gradatim* eundum, potius differre, satius et convenientius sit De eo tamen nuper acriter disputatum ex actis ad nos transmissis memini, quibus limitibus contineatur sententia, quae ad solum *initium fidicularum*, vulgo, *der Anfangderer Schnuhren* directa. Ita videlicet contra judaeum falsarium in celeberrima quadam civitate incarceratum pronunciaverat extraneum collegium, cui morem gesturus judex in executione carnifici indulserat aliquot *vicibus* funiculos retractare. Querebatur defensor de excessu in tortura commisso, et non magis *retractationem*, quam *progressum* in applicandis funiculis salva justitia fieri potuisse, asserebat. Excipiebat senatus, morem *judicii* hanc executionem probare, jus *commune* eidem non refragari, nec certos limites fidicularum primitiis ponere, consequenter non *absolute* progressum per aliquot vices eodem reprobari. Pendebat itaque decisum a vero intellectu formulae: *mit den Schnuhren den Anfang zu machen, jedoch dass es dabey verbleibe.* In Saxonia superiore res clara, et per observantiam definita quousque cruciatus hoc casu extendendi, sed jus *commune* constrictionem ad *punctum* non reduxit, multo minus vices ac retractationes determinavit, adeoque *arbitrio judicis* relinquendum, quem modum in hac restrictione per funiculorum applicationem pro *conditione*, *robore*, *et contumacia* rei servare velit, modo non eo usque procedat, ut *integris* ac *plenis* fidiculis reum excruciasse videatur. Certe verba *den Anfang zu machen*, latitudinem habent, nec abscisse prohibent, quo minus plus vice *simplici* retractatio fidicularum suscipiatur, omnium minime suggerunt normam *perpetuam* contra *omnes* reos eodem modo servandam. Quare *ordini nostro* aequum visum, rejectis frivolis querelis factum *judiciis* prol are. Rationes, in quibus omnia, quae ad interpretationem supra dictae clausulae pertinent, late comprehensa, et mos singularis circa *praeludium* torturae defensus, hae fuerunt;

Obwol Inquisit sich beschweeret, dass 1) *bey lezterer Verschickung derer Acten die Beyfuge dessen, so zwischen Königl. Canzley, auch dem Ober-Appellations Gericht verhandelt, unterblieben, da doch nach Masgebung dessen Inquisit theils gegen Caution dimittiret werden sollen, theils des* ex officio *bestellten Fiscals übergebene Schrifften* ab actis *removiret, und durch die*

erkannte Processus des Inquisiten Loslassung intendiret, mithin derselbe von hohern Collegiis nichts vveniger, als vor einen Betrüger gehalten, sovvol 2) *dessen Defensor zur Publication der leztern praejudicirlichen Urthel nicht citiret, vielmehr dadurch eine anderweitige Defension abgeschnitten, und alles dergestalt, dass die Vollstreckung der Marter den dritten Tag nach geschehener Eröfnung geschehen, bescleuniget, nachher* 3) *dem Scarfrichter nur überhaupt das peinliche Erkenntniss laut.* prot. n. 263. *bekannt gemacht, nicht aber, vvie sich geziemet, ihm specifice der erkannte* gradus torturae *gesaget, geschvveige die Urthel zu lesen gegeben vvorden, daher es dann geschehen, dass derselbe nicht überall die* litteram *vorberührter Urthel beobachtet, sondern verschiedenes zum Nachtheil des Inzuisiten unternommen, gestalt dann es ånfanglich* 4) *unverantwortlich zu seyn scheinet, dass er sich eigenmächtiger Weise und ohne Befehl der Deputatorum des Peitschenschlages beym Hintrit. in die Marterkammer gegen den Inquisiten bedienet, der nach dem Canzley-Attestat* n. 312. *in dortigen Landen an sich nicht zur Tortur gehöret, sondern blos bey höchst verwegenen Inquisiten, und also nur* per modum exceptionis *gebraucht vvird, am vvenigsten* in praesenti *erkannt, mithin vor ein* illegales factum *zu halten ist, vvelches sovvol denen Deputatis, die durch ihr Nachsehen, auch unterlassene dessen Protocollirung es* tacite *ratihabiret, als auch dem Scharfrichter, der es veranstaltet, desto mehr zu Schulden kommen möchte, in haufiger und ernstlicher derer Rechtsgelehrten Erinnerungen, überhaupt gegen die ungevvöhnliche bey der Marter zu gebrauchende* Instrumenta *sind.*

Berg. El. crim. P. I. pag. 290.

498.

Hierüber 5) *eine noch vveit stärckere Probe der zur Ungebühr gebrauchten Marter dem Ansehn nach sich daraus ergiebet, dass Inquisit von der Schulter bis nahe an den Elnbogen, auf jeden Arm zu dreymahlen mit denen Schnüren angezogen, auch jedesmahl die Schnuren an einen neuen Ort versetz vvorden, vvelches alles mit dem Begriff des Schnüren Anfanges schlechterdinges zu streiten scheinet, vvolervvogen auf diese Art die Helffte des Armes angegriffen und also der Anfang weit überschritten, Inquisit nicht einmahl, wie sie bey dem Anfang gebühret, sondern zu verschiedenen nach etlichen* Intervallis *vviederholten mahlen, geschnüret, nicht bey dem Anfang nachgelassen, sondern die Banden mittelst der Versetzung auf einen gesunden Fleck fortgerückt, folglich durchgehends das Gegentheil eines Anfangs in Ausübung gebracht, und nicht allein gegen den von denen Criminalisten bestimmten allgemeinen, sondern auch den in dortigen Landen hergebrachten Verstand eines blosen Anfangs de-*

ter Schnüren gehandelt worden, da so viel jenen betrifft, nach der Lehre

Berg. Oecon. jur. L. IV. tit. 33. th. 4. not. 7.

Kraus. proc. judic. L. II. c. X. S. II. §. 21.

der denen völligen Banden entgegen gesetzte blosse Anfang derer Schnüren, weiter nicht gehet, als dass die Schnüre nur einmal umgeschlagen, ohne intervallis mediante uno actu *an einen, nicht aber verschiedenen Orten gebrauchet, dahingegen die völligen Schnüre* per varias vices *und dergestalt, dass zu Vermehrung des Schmerzes von fühllosen Stellen der progressus auf gesunde Oerter geschehe, an den mehresten Theil des Armes appliciret, nach diesen hingegen vermöge des Canzley Attestati* N. 312. *die Seile bisher bey vorkommenden Fallen* successive *an beyde Arme geleget, damit etliche mahl hin und wieder gezogen, dabey aber weder Wiederhohlungen nach Versotzung der Schnüre gebraucht, sondern beyde auf die völligen Schnüren restringiret, werden, wogegen zwar* Senatus, *dass theils ihm als* judici patrimoniali *die Canzley Observanz nichts angehe, theils solche durch keine* Actus specificos *bewaehrt werden moegen, eingewandt, gleichwol was eine Landes—Observanz oder allgemeines Gesez ist, alle und jede im Lande befindliche auch Patrimonial - Gerichte verbindet, hingegen mit der Verhaeltniss derer Gerichte gegen einander nichts gemein hat, und was Senatus von der* diversa praxi *seiner Patrimonial - Gerichte wie auch des Fürstenthums G. behauptet, von demselben gleichfals durch keine* actus speciales *erlaeutert werden moegen, in dessen Verbleiben die von den* Membris Senatus *überhaupt asserirte widrige Gewohnheit keinen* fidem juridicam *zu haben, sondern um destomehr nach der von Koenigl. Canzley attestirten Landes-Gewohnheit einzurichten, je weniger die* Membra senatus *auf deren* asserta *jene gebauet, oder der bey gegenwaertiger Marter gebrauchte Scharfrichter ein bündiges Zeugniss abzulegen im Stande sind, wann aber solchergestalt eine sonderbare den Schnüren Anfang angehende* Consuetudo *wegfaellet, an dem angeblich bey dem gegenwaertigen Inquisiten begangenen* Excessu *kein Zweifel übrig zu bleiben scheinet, bevorab selbst ein Saechsisches* Collegium *auf den Anfang der Schnüren erkannt, und nach keiner andern* Idée, *als die in Sachsen von dieser Art der Marter gehegt wird, die Urthel abgefasset haben kan, folglich es die Billigkeit um desto mehr erfordert, dem Sinn dererjenigen, so die Vorschrift entworfen, nachzugehen, als es unschicklich seyn würde, gegen die* Principia *eines* Scribentis, *der* Scripturae *nach eigenen Gefallen eine Erklaerung anzudichten, und obwoln vorgedachtes Collegium nachdem daselbst neuerlich eingeholten* Responso *das Verfahren des* Senatus *gebilliget, und der Urthel gemaess ge-*

halten, dennoch dieses nicht integraliter *denen* Actis *beygefügt vvorden, ohne vvelhen Umstand und so lange die Aufrage nicht ersichtlich, von der hierauf ertheilten Antvvort kein gegründetes Urthel zu faellen, oder dieses statt einer* normae *die geschehene* Execution *zu untersuchen anzunehmen, nicht zu gedenken, dass* 6) *bey dem Anfang derer Schnüren mit Hin-und Herziehung derer Seile etvvas gelinder umgegangen, und besonders darinnen der Unterscheid gemeiniglich beobachtet vvird, dass man die Seile nicht scharf anziehet, noch damit continuiret, sondern überall in einen maessigen Gebrauch derer Schnüren sich einschraencket,*

Carpz qu. CXVII. n. 54.

» Sovvol in Niedersachsen Canzley-Attests bey volligen Schnüren niemalen mehr als. 3. Ringel oder Reife an jeden Arm geschnüret werden dürfen, der Gegensatz also des Anfangs sich aller Wahrscheinlichkeit nach blos und höchstens auf einen Ring resolviren möchte, gleichwol auf des Inquisitens Arm. 3. distincte Reife nach des Defensoris Vorgeben befindlich, welche, da sie noch nach langer Zeit sichtbar sind, ein ohnvergleichliches Argument einer scharf und nicht obenhin gebrauchten Schnürung an die Hand geben, und wenn nach dem *Petito* des *Defensoris* eine anderweitige *legale* Besichtigung vorgenommen werden solte, noch deutlicher sich ergeben wurde, allermassen solche desto nothwendiger zu seyn scheinet, da die Chirurgi nebst dem Scharfrichter, *n.* 29. seq. nur 2. Reife und das Anziehen vor *superficiel, contra veritatem,* angegeben, gleichwoln der erste darauf nicht beeydiget. Körber hingegen nebst den Nachrichter dem Senatui mit Eid und Pflicht verwandt, letzterer auch wegen des ihm zu Schulden kommenden Misbrauches am meisten bey der Sache interessiret ist, folglich auf deren sämtlichen Zeugniss nicht sonderlich zu bauen, endlich 7) was der Defensor von der unterlassenen Aufzeichnung derer Minuten, und wie lange eine jede Wiederhohlung des Schnürens bey der gegenwärtigen Tortur geduaret, auch wie gross das *Intervallum* gewesen, sonderlich *in actis* erinnet, nicht ohne alle Vermuthung würklich begangenen *Excesses* zu seyn scheinet, immassen bey der überhaupt fast eine halbe Stunde exequirten Marter nach Abzug der zu den Daumschrauben laut *n.* 264. gebrauchten 6 Minuten der *Actus* des Schnürens allein an die 20. Minuten gedauret, vvelche Zeit kaum bey dem ersten Grade überschritten zu vverden pfleget, und also bey dem Anfang des Schnürens nicht vvol zu billigen, am vvenigsten der *judex* zu entschuldigen, der nach Masgebung der peinl. Rechte.

Art. 158. 47. 182. *C. C. C.*

» alles vvas bey der Marter vorgehet, genau, und also ohne Hinaussetzung eines einzigen

» Umstandes, vvelcher zu eini-
» ger Bedencklichkeit Anlass ge-
» ben möchte, aufzuzeichnen ver-
» bunden gevvesen, folglich *In-*
» *quisit* allenthalben so viel an-
» geführt zu haben scheint, als
» zu Behauptung seiner gefoder-
» ten *Satisfaction* und beschul-
» digten Verantvvortung derer
» *Deputatorum ex Senatu* hin-
» reichet

» D. A. D. *ad rat.* 1) Die Erörte-
» rung des *Facta*, vvorüber let-
» zthin gesprochen, in denen vor
» dem *Senatu* geführten *Actis*
» sich befindet, und die darinn
» vvider den *Inquisiten* vor Au-
» gen liegende *Indicia* so beschaf-
» fen sind, dass nothvvendig auf
» ein hartes *medium eruendi*
» *veritatem* erkannt vverden müs-
» sen, dasjenige aber, vvas von
» Seiten der Canzley und Ober-
» *Appellations*-Gericht, *occasio-*
» *ne* gegenvvärtiger *Inquisition*
» vorgangen, in das *factum* nicht
» den geringsten Einfluss gehab-
» toder dasselb auf einige Wei-
» se *alterir*et, vvolervvogen das
» so sehr *urgir*te, die Loslassung
» des *Inquisit*en gegen *Caution*
» betreffende *Rescript.* im Anfang,
» da man noch so viel *indicia*
» gegen ihn nicht gehabt, erthei-
» let, nachhero aber in Mangel
» einer zureichenden Bürgschafft,
» und bey sich nach und nach
» besonders durch die dem *In-*
» *quisit*en *sole clarius* überzeug-
» te Nachstechurg des Petschaf-
» ftes sich gehaeufften *Indici-*
» *is* von selbsten krafftlos ge-
» vvorden, *id enim omnibus acti-*
» *bus ac dispositionibus commu-*
» *ne est, quod intelligantur sub*
» *clausula rebus sic stantibus.*

L. 25. X. *de jurejur.*
Cocceji de claus. rebus sic stantibus.

» Sovvol vvas vvegen des *Advoca-*
» *ti fisci* vorgegangen, obvvol son-
» sten dessen Bestellung an sich
» gar vvohl *ex officio in caus-*
» *sis publicis* verfüget vverden
» kann.

Wildevogel. Resp. 120.

» Und nur um den *Inquisit*en al-
» len Vorvvurf einer Partheilich-
» keit zu benehm, *ex regulis pru-*
» *dentiae* abgeaendert vvorden,
» die *indicia fraudis* in der Per-
» son des *Inquisit*en nicht vermin-
» dert, folglich alles diesese zu
» der Sache bey Verschickung
» derer *Act*en nichts beygetragen
» noc zur *informatione judicis*
» vonnoethen gevvesen, mithin
» vvas der *Defensor* desfals vor
» Beschvverden führet, zu unnüt-
» zen Ausschvveifungen nicht un-
» billig zu *referiren*, ferner *ad*
» *rat.* 2) es vvider die Natur
» eines *Inquisitions-Processes*
» streitet, einen *Inquisit*en, der
» in gefaenglicher Hast ist, ges-
» chvveige dessen *Defensorem*
» zur *Publication* einer auf die
» Marter gerichteten Urthel be-
» sonders *citi*ren zu lassen,

Thoennicker advoc. prud. in for. crim. c. XV. *n.* 2.
Maurit. cons. Chilon XVIII. *n.* 4.

» Vielmehr die Eroefnung dersel-
» ben durchgehendes dergestalt
» geschiehet, dass der *Inquisit*
» vorgefodert, und ihm nach Be-
» schaffenheit des erfolgten Er-

» kenntnisses der *tenor* personl-
» kund gemacht vvird, in vvel-
» cher Absicht

Ludovici in proc. crim. C. X. §. 9.
Puffendorff de proc. crim. C. XX. §. 17.

» vvan sie von Eroefnung der Urthel handeln, lediglich des *Inquisiten*, nicht aber des *Defensoris* Gegenvvarth gedencken, jenen inzvvischen seinem *Defensori* davon Nachricht zu geben, und mit ihm sich dessals zu besprechen, unbenommen bleibt, auch genug ist, vvann mit der Volstreckung etliche Tage, um allenfals vvegen einer zu führenden *Defension* einen Endseschluss zu fassen, inne gehalten vvird, und da alles dieses nach Masgebung des *Protocolli N.* 262. 264. von Seiten des *Senatus* gehoerig geschehen, die Vollziehung der Marter den dritten Tag nach vorgegangener Eroefnung der Urthel unternommen, und dadurch dem *Inquisiten* hinlaengliche Zeit mit seinem *Defensori* zu *consulti*ren, nach der Lehre

Brunnem. Anvveisung zur Anstell. des *Inquis. Processes* C. X. §. 8.

» gelassen vvorden, deren sich aber derselbe nicht bedienet, sondern alles auf das *Extremum* ankommen lassen, einfolglich er die unterbliebene andervveitige *Defension* sich selbst zuzuschreiben hat, dem *Senatui* hingegen hiebey nichts zur Last faellet, der uberall *legaliter* verfahren, und noch ein mehreres gethan, als sonst in Sachsen zu geschehen pfleget, da die *Executio torturae* unmittelbar nach Eroeffnung der Urthel erfolget,

Carpz. Aclits-*Process.* Tit. X. *Art.* 1. *n.* 1.

» am vvenigsten die *ad rat.* 3) *obmovirte allegationes* des *Defensoris*, so ohnedem mit den *Actis* offenbahr streiten, den geringsten Beyfall verdienen, da nach dem *Prot.* vom 20. *Nov.* 1753. der Inhalt der Urthel und hierauf der Grad der Peinigung dem Scharfrichter eroefnet, auch laut *Protocolli* vom 28. Jan. 1754. ihm nicht zu viel, aber auch nicht zu vvenig zu thun, sondern nach Inhalt der Urthel zu verfahren, ausdrücklich anbefohlen, sovvol nach Masgebung des beeydigten Scharfrichters *ad Protocollum* vom. 26 Jan. *eod. An.* gethane *Deposition* der Schuren—Zug vveiter nicht als die Urthel mit sich gebracht, vorgenommen vvorden, vvelches alles eine genaue Wissenschaft des Scharfrichters von dem *tenore sententiae* voraussetzet, und mit der *violenta praesumtione pro magistratu, quod officio suo rite ac legaliter functus sit,*

Stryck de praesumt. pro magistrat.

» vvollenkommen übereinkommt, ein mehreres hingegen durch eine dem Scharfrichter verstattete Durchlesung der Urthel um desto veniger von nöthen gevvesen, je vveniger dergleichen irgendvvo in den Gesetzen vorgeschrieben, oder einen Scharfrichter klüger und verstäendlicher machen kann, als

» er vorhin ist, vvann ihm die » Maass der erkannten *Tortur* » mündlich angedeutet vvird, » folglich der *Defensor* alhier » dieser theils *contra acta* lau- » fenden, theils unnützen *Cri-* » *tique* überhoben seyn koen- » nen; eben dergleichen Bevvan- » dniss es auch *ad rat.* 4) mit » dem denen *Deputatis* und » Scharfrichter zur Last gelegten » Peitschen-Schlage hat, damit » dieser letztere den gegenvvaer- » tigen *Inquisi*ten in der Marter- » Kammer empfangen, der aber » nichts anders als ein blosser » Willkommen, vvie bey angenom- » menen Züchlingen, gevvoehn- » lich, anzusehen, zu der Marter » aber nicht gehoeret, auch in » solcher Absicht so vvenig als » bey erkannten Zuchthause in » der Urthel *specifice* berührt » verrden darf, sondern genug » ist, vvan dessen Gebrauch durch » die *Observanz* sich hier und » da bestaetiget, in vvelchem Fall » derselbe mit eben dem Recht, » ohne einigen Vorvvurf *licite ap-* » *plicirt* vverden mag, mit vvelc- » hem, vvie uns aus vverschiedenen » ans Francken an uns geschickten » *Actis* bekant, die Scharfrichter » einen zu martern gevvidmeten » *Inquisi*ten mit einer derben und » unvermutheten Ohrfeige bey dem » Eintritt in die Marter-Kammer » zu empfangen psiegen. Dass » aber gedachter Peitschenschlag » in dortigen Landen nichts un- » gevvoehnliches, sondern viel- » mehr ein *Observanz* maessiges » *Factum* sey, aus des Scharfri- » chters als eines beeydigten und » in Amts-Sachen glaubvvürdi-

» gen Mannes *Deposition n.* 273. » erhellet, folglich dasjenige, vvas » von ungevvoehnlichen oder ge- » faehrlichen *instrumentis tortu-* » *rae* oben angeführet, hieher » nicht *applicirt* vvirden kann, » inzvvischen die von dem *Defen-* » *sore* vvider obige *Deposition* » mit den Haaren herbeygezoge- » ne Beschvverden um desto vve- » niger *Attention* verdienen, je ge- » vvisser ist, dass diese *coërcitio* » ohnedem allenfals eine vvahre » Kleinigkeit ist, deren Gebrauch » vveder einen ausdrucklichen » Befehl des Richters, noch eine » besondere Aufzeichnung bedarf, » sondern blos dadurch, dass ein » Richter solchem nicht vvider- » sprochen, oder verbothen, sich » legitimiret, am allervvenigsten, » vveil er eine blosse *Surprise* » eines verstockten Inquisiten » vorstellen soll, an sich aber nicht » schaedlich seyn kan, mit dem » Begrif eines *Excessus corre-* » *spondiret*, als vvelcher haupts- » aechlich einen *respectum* auf » das, vvas schaedlich oder nach- » theilig seyn kan, hat, und da- » hero auf solche *Actus*, bey de- » nen dergleichen mit Grunde zu » befuerchten, eigentlich sich nur » schicket, dagegen das oft ge- » dachte Canzley-Attestat dem » Defensori oder denen Clienten » keinesvveges zu statten kom- » men mag, nachdem eines Theils » ein Canzley-Gebrauch denen » *Patrimonial*-Gerichten nicht » derogiret, oder Ziel und Maass » setzen kan, andern Theils unter » einem zu Willkommen gebra- » uchten Peitschenschlag, und un- » ter der Zuechtigung mit der

» Peitsche bey dem Verhör, ein
» Unterscheid zu machen, deren
» jener ein, oder hoechstens zvvey
» mal, und zvvar *in introitu* auch
» bey allen *Candidatis torturae*;
» diese hingegen, so ost die un-
» gebührliche Aufführung des In-
» quisiten es erfordert, mithin
» durch unbestimmte *Vices*, so-
» dann vvährenden Verhoer, und
» nur bey fluchenden und un-
» baendigen, oder einem Schlaf
» affectirenden Inquisiten gevvo-
» hnlich ist, von jener allein bey
» den gegenvvärtigen Inquisiten,
» von dieser hingegen lediglich
» in dem *Attestat* die Frage ist,
» folglich dessen *contenta in*
» *praesenti* gar nicht einschlagen,
» und den *Defensorem* um desto
» mehr zu Gemüth führen sollen,
» mit dergleichen nichtsvvürdigen
» Dingen den Respect und die
» Hochachtung vor einen an-
» sehnlichen *Senatum* keinesvve-
» ges zu beleidigen, geschvveige
» sie zu Mitlen einer harten
» Beschuldigung *de neglectu ju-*
» *stitiae* gegen dasselbe zu ge-
» brauchen, vvelche Vervvegen-
» heit *ad art.* 5) auch in Ab-
» sicht der denen *Deputatis ex*
» *Senatu* beseuldigten Uebertre-
» tung der Urthel in *Application*
» derer erkannten Schnüren von
» nickt geringer Erheblichkeit
» ist, vvolervvogen *pro magistra-*
» *tu violentissima praesumtio*
» *militirt*, die nicht durch jede
» Schein-Gründe oder streitige *Al-*
» *legationes*, sondern ganz offen-
» *bare* und untrügliche *momenta*
» angefochten vverdenkan. *Quan-*
» *do quidem, quo violentior est*
» *praesumtio*, *eo fortiores in*
» *contrarium requiruntur prae-*
» *sumtiones*,

Menoch. L. I. Praes. 438. *n.* 2.
Böhmer. Jur. Ecclesiast. de Praesumt. §. 3.

» von vvelcher Eigenschaft die in
» allen 3. *Defensionibus* zusam-
» men gestoppelte *Defecte* keine-
» svveres, sondern vvie ein jeder
» unpartheyischer gestehen muss,
» dergestalt beschaffen sind, dass
» sich dagegen sehr vieles und
» bündiges einvvenden lasset, mi-
» thin, vvenn man die Sache nur
» von dieser Seite betrachtet, die
» dem Magistrat zur Ungebuhr
» vorgevvorfene Stücke sich von
» selbst erledigen, vviewol es
» dieser *Exculpation* um desto
» vveniger bedarf, je mehr die *in*
» *actis hinc-inde* von dem *Sena-*
» *tu* angefuhrte Grunde überall
» die *Legalitaet* des Verfahrens
» ausser allen Widerspruch set-
» zen, anervvogen die Gesetze
» uberhaupt kein vveiteres Ma-
» ass und Ziel setzen, als dass
» die *Tortura efficax*, zugleich
» aber vveder am Leibe noch
» Gliedmassen dem Inquisiten *no-*
» *civa* sey, geschvveige dass sie
» den Anfang der Schnuren in
» gevvisse bestimmte Granzen
» einschliessen solten, ohne vvel-
» che eine Ueberschreitung fu-
» glich und ausser bey gröbli-
» chen oder höchst gefährlichen
» Unternehmen nicht *adpliciret*
» vverden mag, *quum in exces-*
» *su de modo non servato quae-*
» *ratur, is autem sine speciali de-*
» *terminatione concipi nequeat*,

Böhmer. Jur. Eccles. Tit. de Excessu praef. §. 13.

» und obvvoln die Sächsischen *JCti* » den Anfang sovvol als die vollen » Schnüren in Absicht der öftern » oder vvenigen Wiederholung » des Anziehens, vvie auch der » Versezung unterschieden, dennoch alles dieses an sich und » besonders ausser Sachsen kein » Gesez, so *stricte* zu observiren » machet, sondern blos einen unmasgeblichen Vorschlag, vvie » allenfals beides unterschieden » vverden konnte, *involviret*, zumalu die Obersachsische Art » zu martern von der Niedersachsischen besonders *ratione* derer Schnüren ganz unterschieden ist, jene an dem Unter-Arm » ihren Anfang nimmt, und nach » dem Ellbogen *extendiret*, diese » hingegen von dem Ober-Arm » von der Schulter nach dem Ellbogen zu *applicir*et, bey jener, » fals es auf ded blossen Anfang der Schnüren ankommt, » ganz gelinde, bey dieser aber » selbst nach der Canzley-*Attestat* scharf angezogen, dorten » eine doppelte, hier eine einfache » Schnur gebrauchet vvird, und » also blos hieraus die *ratio*, » vvarum von jener auf diese » nichet schlechterdings gefo'gert » vverden kan, erhellet, dar *tertium comparationis* also nur » dieses bleibet, dass man *utrobique* nicht zu vveit gehe, oder » von der *Consummation*, oder » dem, so dieser nahe kommt, » zu *abstrahi*ren, sich Bescheide » zu mahlen, der Aufang nicht » *praecise* dem Fortgang überhaupt, sondern der Vollenziehung, oder hochstens einer » sehr merkvvürdigen *Continuation* entgegen zu setzen, und » daher die *vices* oder *Repris*en, » vvann deren nur keine merkliche Anzahlist, nicht schlechterdings zu *excludi*ren, geschvveige diese samt des Versetzung » zu einem nothvvendigen *Excessu* zu zehlen, bevorab, vvas » diese leztere betrift, die Eigenschaft der in Niedersachsen » auf den Schultern anfangenden » und die auf den Ober-Arm liegende *vasa sanguinea* sehr *exponi*renden Schnürung dergleichen Versetzung unentbehrlich » machet, und, vvie der Scharfrichter laut *Protocolli n.* 294. » gar vvol auch dem *Attestato* » des *Hospital*-Vervvalthers *n.* » 293. gemass, geurtheilet, mit » allem Fleiss desvvegen geschehen muss, damit, im Fall man » bey einer Stelle bestehen bliebe, » durch das Durchfeilen und Einschneiden bis auf die *Ossa* die » Gesundheit des Armes nicht » Gefahr laufe, oder vvider den » Begrif eines blossen Anfanges » ein *Inquisit* härter, als bey den » volligen Banden rechtens *tractir*et vverde, vvenigstens die » Versezung nirgends verbothen, » auch mit der Natur einer mässigen Schnürung, vvelche der » blosse Anfang mit sich bringet, » vvann sie nur nicht alzuvveit » gehet, keinesvveges streitet, sovvol in der Stadt H. vermoge » des Scharfrichters als eines *artis periti* und beeydigten *Ministri* obangeführten, und mit » aller *membrorum Senatus n.* » 315 abgelegten Zeugniss übereinstimmende Aussage, so oft » blos auf den Anfang der Schnü-

» ren erkannt vvird, in der Masse *usuel* ist, und von dem Ermessen eines *judicis dirigentis* vvie auch des Scharfrichters laut *n.* 316. 317. *dependi*ret, vvogegen die *attesti*rte vvidrige Canzley-Gevvohnheit von keiner Erheblichkeit bleibet, allermassen derselben eines Theils nebst dem vorhin gemeldeten Zeugniss des beeydigten Scharfrichters, so bey Canzley-*Tortur*en bisher gebrauchet vvorden, *n.* 273. vviderspricht, theils selbige nach Massgebung derer *n.* 321. befindlichen *rationum G.* durch keine *allegationem actuum specialium*, vvie doch *ad probandam observantiam* nöthig, bevvähret vvorden, und so lange dieses nicht geschehen, der *Senatus* auf dem, der von seiner Seiten *urgir*ten *contrariae consuetudinis* von dem *defensore* *n.* 328. *obmovi*rten gleichmässigen *defectum casuum specificorum* sich einzulassen nicht nöthig hat, sondern solches nur aledenn, vvann dergleichen bey der angeblichen Canzley-Observanz vorher bescheiniget, *ad ejus elisionem* nöthig haben vvürde, allenfals eine *consuetudo Cancellariae* den *Patrimonial*-Gerichten zu einer nothvvendigen *norma* nicht dienet, als vvelche darum einen grossen Vorzug vor den *judiciis administratoriis* haben, dass sie vveit ausnehmendere Gerechtsahme enthalten, *in remissionibus delinquentium* und andern Unternehmungen ein *liberius jurium exercitium* behaupten, *uti ex professo deduxit*

Carl Rudolph Graefe de jurib. praecip. et singular. jurisd. patrimonial. C. II.

» und also nach denen *judiciis administratoriis* in Ausübung der Gerichtbarkeit keinesvveges abzumessen, ob sie sich vvohl sonsten nach den Gesetzen zu richten bescheiden müssen, und vvann dergleichen oder allgemeine Lanbes-Gevvohnheit vvürklich vorhanden, darnach zu achten haben, vvovon es aber angeführter massen alhier ermangelt, und die Canzeley selbst nicht vveiter als von einer Canzley-oder *particulai*ren Observanz *attesti*ret, vvelcher der *Senatus* überdem die von demselben bisher vollstreckte gleichmässige *Tortur*en entgegen setzet, und sovvohl durch die so viele Fabre *in officio* stehende *membra n.* 315. als auch den Scharfrichter bevvahret, vvelche *Testimonia* der Defensor ohne hinlänglichen Grund angefoethen, nachdem sonst niemand hievon Wissenschaft hat, oder vvie es zu Rathhause bisher gehalten, eintige Nachricht geben kan, folglich, vvann auch gleich sonst ein *Testimonium in causa propria* unzulänglich, dasselbe *ex natura rei quae aliter haberi nequit*, nach der gemeinen Lehre

Böhmer. Jur. eccles. tit. de Test. §. 19.

» dennoch alhier bestehen und ein desto grosseres Gericht haben vvürde, vveil es von in Eyd und Pflicht stehenden *membris*,

« und die als *personae judiciales* » *fidem publicam* haben, *subscribiret*, zu geschvveigen, dass die » Maass einer peinlichen Frage » überhaupt, vvenn sie auch in » gevvissen Verstande ihre Be- » stimmung haben solle, dennoch » jederzeit viel, oft, gelinde, stär- » cker, nach Gestalt, Vervvegen- » heit und Leibes-*Constitution* » der Person, so zur Marter ve- » rurtheilet, gebraucht vverden » kan

Art. LVIII. *C. C. C.*

» und in so vveit durchgehends fol- » glich auch *ratione* derer *Reprisen* und Versetzung derer » Schnüre von dem *arbitrio judicis prudentis* lediglich abhan- » get. *L. 7. de quaest.*

Wildvogel de arbitr. jud. circa torturam.

» der mit hartnackigen *Inquisiten* » etvvas schärfer, als mit gut- » vvilligen oder schvvächlichen » verfähret, überall nicht aussch- » vveifet, oder den Vorvvurf ei- » ner *contra justitiam applicir*ten » *Tortur* sich zuziehet, sondern » bey dergleichen Aufführung eben » dasjenige, und nichts vveiter » unternimmt, als vvas die *regulae justitiae* bey einem solchen » *Subjecto implicite per modum* » *exceptionis* erforden, unde so » gut dieses *arbitrium* mit denen » *legibus scriptis* bestehen kan, » eben so unstreitig dessen *Effectus quoad singulares personas* » bey sonst vvidrigen Gevvohn- » heiten, ohne die geringste Aen- » derung in der *Justitz* zu machen » bleibet, dergestalt, dass vvenn » man auch *in Thesi* alhier die » Canzley-Gevvohnheit geltenlas- » sen vvolle, dennoch *in hypothesi* einem *judici* nach Unter- » scheid der *Inquisi*ten davon » *impune* abzuvveichen, *vi istius* » *arbitrii* frey bleiben vvürde, aus » diesen allen aber die *application* » *ad casum praesentem* von selbst » sich ergiebet, da alhier *Inquisit* 3 mal *per intervalla*, und » zvvar mit Versezung, jedoch bey » vveiten nicht mit der Schärfe, » die der vollen Schnürung eigen, » gefeilet, geschvveige mit so vie- » len *Reprisen* als die völligen » Banden allenfals zulaslen, bele- » get, sondern nur einige mal da- » mit fortgefahren vvorden, vvel- » ches vveder an sich mit der *Idée* » des erkannten Anfangs noth- » vvendig und schlechterdings » streitet, folglich *in dubio*, und » bey gegenvvärtigen verstockten » boshaftigen und in *causa civile* » seiner Betrügerey übersührten » Juden unter dem geringsten » Schein des Rechtens zu einem » *excessu* zu *referi*ren, gestalten, » so lange die *Tortur* nicht un- » vernünftig oder unbarmherzig » ist, das auf diese sich lediglich » gründende *Arbitrium* die *Execution* überall bestätiget, vvo- » von aber vveder eines noch das » andere alhier mit Grund zu be- » haupten, nochdie in *actis* vor- » liegende Umstände, die Zusam- » menhaltung des *Inquisi*ten Ge- » müths-Besegaffenheit, und des- » sen noch dazu mit Drohung » schvvangergehenden bösen Her- » zens, vvie auch des dortigen » Stadt-Observanz mässigen Ver- » haltens dergleichen nirgend ge- » statten, zu geschvveige, dass die » Urthelsfasser selbst in dem

» *n.* 297. *sub* E. abgelegten *Re-*
» *sponso* die *Execution*, vvie sie
» nach den Acten geschehen,
» ihrem Sinn gemass gehalten, sie
» aber und niemand anders die
» Absicht ihrer Erkenntniss vvis-
» sen können, ihre in der Ver-
» nunft und bürgerlichen Rechten
» gegründete *rationes* auch so
» beschaffen sind, dass sie allen
» vermeintlichen *Excessum* völlig
» ablehnen, bevorab das Witten-
» bergische *Informat*, vvie die
» *Contenta* ergeben, *ad Acta* er-
» theilet, und also allo dagegen
» gemachte Einvvendung nicht
» die geringste Aufmerksamkeit
» verdienent Ferner *ad rat.* 6)
» das scharfe Anziehen derer Seile
» bey den erkannten Schnüren-
» Anfang, selbst dem Canzley-*At-*
» *testat* gemäss, und nur darinn
» der Unterscheid sich aussert,
» dass dieses in solchem Fall
» nicht mehr als einen Reif *pas-*
» *siren* lassen vvill, vvievvenig
» über dieses Vorgeben sovvol *in*
» *foro criminali* überhaupt, als
» in der Stadt H. gegründet, aus
» den vorangefuhrten *rationibus*
» sich *verificiret*, allenfals das
» bey allen Stucken der Marter
» einschlagende *arbitrium judicis*
» den *in hypothesi* aus den ver-
» schiedenen dem *Inquisiten* an-
» gebrachten Reifen erzvvungenen
» *Excess* vollkommen vviderleget,
» mithin die andervveit zum Be-
» vveiss derer an des *Inquisiten*
» Arm befindlichen nicht 2. son-
» dern 3. Reifen *urgirte* Unter-
» suchung bey der in Gegenvvart
» des *Syndici* bereits unternom-
» menen *legalen* Besichtigung des
» *Inquisiten*, ungegründet, viel-
» mehr zu endlicher Abfertigung
» derer gemachten *gravaminum*
» hinreichend ist, dass *Inquisit*
» nach Aussage derer *Peritorum*
» an seinem Arm nicht den ge-
» ringsten Schaden gelitten, und,
» vvovon niemand anders als der
» Scharfrichter Nachricht geben,
» mithin *valide deponiren* kan,
» blos leidlich oder obenhin ge-
» martert, ja, vvas noch mehr,
» statt der in Sachsen üblichen
» doppelten Linien nur mit einer
» einfachen, und mit blossen *cir-*
» *culis semilunaribus*, vvoraus
» die Mässigkeit allein sich *veri-*
» *ficiret*, geschnüret vvorden,
» vvelche samtliche übereinstim-
» mende *data* die Mässigkeit der
» gegenvvärtigen Marter zur Noth-
» durft bevvähren, hingegen den
» Ungrund des von dem *Defen-*
» *sore* nach der Goldvvage abge-
» messenen Schnüren-Anfanges
» sattsam vor Augen legen, endlich
» der gräste Grad des *Defensoris*
» Freehheit *ad rat.* 7) sich verof-
» fenbaret, da im *Prot.* vom. 20.
» Nov. 1753 nach Nasgebung der
» Landesgesetze *C.* XII. §. 11. die
» Zeit, vvis lange mit jeden *In-*
» *strument* angehalten vvorden,
» überhaupt angemerket, und da-
» durch der gesetzmässigen Ab-
» sieht, nach velcher nur die Zeit
» *in genere* zu bezeichen, ein
» Genüge geschehen, dass aber
» das *Protocoll* auf dasjenige, vvas
» in jeder Minute vorgegangen zu
» *extendiren*, vveder *explicite*
» noch *implicite* irgendvvo vorge-
» schrieben, auch an sich, vveil
» man sich oft des Sandseigers
» oder durchgehends der Taschen-
» Uren bedienet, eine unvernün-

» fuge und *impraticable prae-*
» *tension* ist, die sich vveder Ge-
» setzgeber noch vernünftig den-
» ckende *JCti* jemals in den Sinn
» kommen lassen, und daher um
» desto mehr zu bevvundern, vvie
» *Defensor* hierinn ein *asylum* zu
» suchen, oder vvohl gar über die
» in *Protocollo* anbemerkte Zeit
» der vollführten *Execution*, so
» keine völlige halbe Stunde ge-
» dauret, zu beschvveren unterste-
» hen kan, da die Gesetze keine
« gevvisse Zeit fest setzen, die von
» den Rechtsgelehrten zur gänzli-
» chen Marter ausgesetzte Stunde
» aber theils keine nothvvendige
» Verbindlichkeit nach sich zie-
» het, theils eine *latitudinem* en-
» thält, *intra quam plus, minusve*
» *fieri potest*, nachdem es die Um-
» stände und *Constitution* und
« Frechheit eines *Inquisiten* er-
» fodert,

Berg. El. crim. P. II. *Obs.* 275.

» Wo aber dergleichen *Arbitrium*
» das Haupt-Ruder führet, und
» demselben die *Conditio perso-*
» *nae* beytritt, vvie *in praesenti*
» ausser Zvveifel ist, ohne grobe
» und *liquide* Unternehmungen,
» von Beschuldigung eines *Exces-*
» *ses* billig zu *abstrahi*ren, und
» dergestalt des *Senatus factum*,
» aller gemachten *Critiquen* un-
» geachtet durchaus zu *approbi-*
« ren.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXVIII. N. 5.

Tortura est modus veritatem eruendi omnibus communis.

Regulam et exceptiones distinguere convenientissimum est, sed ante omnia requiritur, ut *regula* ipsa determinetur, quod non fecisse Auctorem observo. Oleum et operam perdunt, qui in jure *Romano* eam quaerunt, et hinc exceptiones ex eodem repetunt. Id enim jus mere *subsidiarium* est, nec in determinandis delictis, et quae iis cohaerent juribus, talia principia continet, quae rationi judiciorum criminalium hodiernorum conveniunt. Rectiori via incedunt, qui regulam ex *Constitutione Carolina*, et quae illam supplet, *recta ratione* petunt quia ex utroque hoc fonte, quidquid ad generaliora jurisprudentiae principia pertinet, hauriendum. His indigentius quoque in materia de tortura, adeoque praestat potius regulam ita construere: *omnes torqueri posse, quos nec Carolina excipit, nec fidiculis subjici, recta ratio prohibet.* Haec sufficientissimum fundamentum casus singulares decidendi subministrat, ut non opus sit in determinandis *personis* suppetias ex jure peregrino petere, quod peculiares suas rationes habet, indoli judiciorum criminalium praesentium vix respondentes. Servant hanc sententiam plerique articuli nostrae constitutionis, qui *indefinitis* verbis ubique conscripti, et indubii testes sunt, nullam

personarum conditionis habitam fuisse a legislatore rationem. Et quamvis *analogia juris* criminalis nonnullas subinde *exceptiones* suggerat, ut Obs. seq. docebo, inter eas tamen, quarum explicite Imperator mentionem facit, sola superest, quam a *corporis conditione* repetit *art. LIX. C. C. C.* In universum sententia ejus ultimo in hoc determinatur, quod tortura reum *salvum* servare debeat *innocentiae*, vel *supplicio*. Ergo penes quem is finis obtineri nequit, is fidiculis merito subducendus.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXVIII. N. 24.

Quae ab *intellectus* defectu mutuatur ratio magis implicat, quam explicat quaestionem propositam. Non enim adeo expeditum est, quae sint *surdi* et *muti* natura talis *mentis* facultates, et ad quem *gradum* pertingant? Hoc certum, illum de rebus in *sensus* incurrentibus *ideas* sibi formare posse, consequentias quoque rerum nosse; scire per experientiam, patibulum parari furibus, incendium incendiariis, gladii supplicium homicidis; concludere ex praemissis ad poenam h. e. ratiocinari posse: ast quatenus capax sit idearum *abstractarum* virtutis vel justitiae, doli, culpae, quibus in disciplinis *moralibus* utique opus est, non adeo expeditum est. Quum enim has sola objecta externa non suggerant, nec earum *certa* et *indubia* signa sensualia dari possint, sed unice ex *connexione* et *consequentia* actionum ratiocinando, et abstrahendo in intellectu formentur, vix alia via easdem percipiendi concipi potest, quam qualem *verba* suppeditant. Cuicunque ergo verba non conveniunt, eum notionum harum incapacem, nec idoneum ad recipienda praemia, vel poenas, pro actionibus susceptis esse oportet. Dum surdus gladium homicidis applicari videt, utique *consequentiam* facti, et quale homicidae immineat malum, addiscit, de *justitia* poenae et *injustitiae* actionis vero ideo non convincitur. Admitto surdum et mutum in quarundam actionum, quae mere *sensuales* sunt, connexionem, plene percipere posse, inde autem ad *morales*, in quibus ea, quae in sensus incurrunt, haud sufficiunt, sed pluribus ratiociniis opus, argumentum duci nequit. Neque nego, aliquam paulo confusiorem ideam agendorum et omittendorum eum habere, distinctam autem habere, sustinere nequeo. Quid dolus, quid culpa sit? quomodo differant? scit cum ignarissimis. Haec idea autem ad eruendam *imputationem*, ejusque gradum in foro criminali, quam maxime est necessaria, nec sine ea contra delinquentem quid definiri potest. Brevibus: *ambigua* moralitatis cognitio, non *defectus* intellectus surdis ac mutis natura talibus obstat, adeoque ratio quae ab hoc petita, parum concludit. Magis altera placet, quam Auctor in *confessionis* tortura eliciendae *incertitudine* collocat. Haec enim, tantum abest, ut pro explorata haberi queat: ut potius tota, quanta sola fide et expositione interpretis sustineatur, qui, etsi dolo careat, in percipienda alterius animi scientia errare, et aliter responsionem signatam exponere potest, quam qualis ea in re reapse

fuit, quod lubricum, cum a paena graviori, tum a tortura cum hac connexa, excusat. Constat in criminalibus minimam circumstantiam factum factique applicationem variare: *de surdo et muto autem confesso nunquam judex certus esse potest, an omnes facti circumstantias rite expresserit: vel interpretes eum satis intellexerint? et an hi caussam, occasionem, finem facinoris, animumque nocendi plene perceperint? verba sunt* Rivini *de effect. conf. superat torment. fact.* §. XXIX. Accedit, quod admonitio, et distincta interrogatio ad modum *art.* XVII. et XLVIII C. C. C. suscipienda, prorsus non cadat in surdum, nec ad eum applicari queat, judicis autem in causis capitalibus ac corporis afflictivis exactam de illis notitiam habere, quam maxime intersit, adeoque plura dubia circumstent, quarum caussa is, ab hac laniena, etsi criminis suspectus fuerit, liberandus sit, Stryck *de jur. sens. p.* 275. Kress *vom Recht der Taub-und Stummgebohrnen in f.* §. In alia omnia ivit Leyser *Sp.* DXXXII. sed ex rationibus, quae petitionem principii de certitudine confessionis involvunt.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXVIII. N. 50.

Tortura Epilepticorum, lue venerea, prolapsu uteri laborantium, senum, vulneratorum, hermacorum, fonticulos gestantium.

Quod circa torturam *valetudinariorum* versatur arbitrium, cum ad *decernendam*, tum ad *applicandam* eam pertinet. Et circa illam quidem judicis est, in conditionem rei omni adhibita diligentia, consultis etiam *medicis*, inquirere, et morbi conditionem, vicissitudinem, vires reorum accurate actis inserere, atque hoc ipso extraneos JCtos, ne in rei injuriam *duriorem*, quam par est, sententiam concipiant, instruere. Circa hanc vero omnem lapidem movere tenetur, ne in *lanienam* degeneret executio. Recte enim observavit Keyser *pr. crim. C. IX.* §. *XXI.* judicem conscientiam non violaturum, nec a recta via aberraturum, qui modum ipsius executionis ita temperat, ac remissius tormenta applicari jubet, si conditio praesens rei id postulat, etsi de eo in sententia nil fuerit expressum. *Ita rationes subducit* Damhouder *pr. crim. C. CXXXVII. N. I. Torquendi ratio tota consistit in arbitrio judicis, prudentia ac pietate, et pii ac clementis judicis est, prudenter expendere canitiem, senectutem, confectam aetatem, juventutem, virile robur, valetudinem tum imbecillem, tum validam, denique inspicere, quid perferre valeant vires rei, ut hac in re verum judicem agat, non tyrannum referat.* vid. Wildvogel *de arbitrio judicis circa tort.*

Ex valetudinariis primum *epileptici* in scenam prodeant, pro quibus non ultima cura habenda est, sed eo *major*, quo gravius periculum hujus morbi *qualitas* minatur. Sunt qui eos prorsus a tormentis dispensant, et hunc in finem ad *rationis mentisque absentiam*, paroxismo propriam, provocant. Giurba *Cons. VIII. n. V.* Facili enim negotio, imprimis eo *tempore*, quo membra *dolores*

tormentorum sentiunt, generari *paroxismum*, in confesso est. Qua igitur ratione *confiteri* poterit miser, qui, quod agit, non *intelligit*, ac ne vix quidem *loqui*, aut *respondere* potest? Nonne excitatis *convulsionibus*, in vanum adhibetur, quod medium *eruendi veritatem* esset debebat? Accedit, quod *materiae*, ut vocant, *peccans*, dolore instrumentorum aucta, in motum deducatur *periculosissimum*, vitae non parum insidiantem. Vitam vero adimere, est *punire*, non veritatem factorum eruere, quale quid *usus* tormentorum, leges, *processus criminalis*, denique *sana ratio* reprobant.

Verum hae rationes si quid probaut, nihil aliud evincunt, quam *caute*, et *adhibito judicio* torturae subjiciendos esse epilepticos, vel magis de *modo* tormentorum, quam *exemtione totali* cogitandum esse. Neque enim *perpetuus* et *absolute* necessarius *paroxismi* cum *tormentis* est nexus, nec *vitae* dispendium ex illis *simpliciter* imminet, adeoque non habent, quod se in *totum* excusent epileptici. *Posse* periculosum fieri *aliquando* torturam talem, non nego; quis vero ea propter in *re* admodum *dubia* publicum interesse negligere, et reis *suspicionibus* gravatis ignosceres *simpliciter* vellet? Praesto sunt *remedia* pro salute *epilepticorum*. *Remittantur* tormenta, quando signa *paroxismi* sese produnt, eaque omnia observentur, quae in sequentibus explicabo. Sic enim judex et suo *officio*, et *legibus* satisfaciet, et saluti *miserorum* simul consultum ibit; dubia denique §. anteced. mota, sua sponte concident. Perspexere has rationes *Lipsienses* apud Carpzovium *Qu. CXVIII. N. L.* nec epilepticum *in totum* excusandum esse voluerunt. Adoptarunt eas cum Giessensibus apud Hertium *Resp. LXXXIV. Tubingenses*, apud Besoldum *Cons. CCII.* et denuo apud Harprecht *Cons. XXVIII.* novo exemplo firmarunt, quos secuti sunt *Helmstadienses*, ut docet Kress. *ad Art. LIX. CCC.* vid. Zachiae *quaest. medic. legales Lib. VI. tit. II.* Bechmann *exoter. exerc. ad ff. tit. de quaest. N. XIV.*

Ipsa capita cautionis cum in dictanda tum in applicanda tortura se exserunt, et huc redeunt: 1) Omne punctum fert *diligens* atque *sufficiens* examen de *statu*, *robore*, *viribus* epilepsia infecti. Quod sicuti magis ad forum *medicum*, quam *juridicum* spectat, ita de eo medicus *juratus*, vel, quod alii *magis* conducere existimant, integrum *collegium* medicum, actis transmissis, atque de valetudine miseri plene instructis, consulendum. Hoc enim rationibus artis suae instructum omnium optime, utrum, et qualis *gradus* periculosus sit futurus, judicare poterit. Ipsam decisionem oportet esse *solidam*, *perspicuam*, atque incertarum rationum, opinionumque expertem. Ubi diversa medicorum collegia, quod saepe fit, inter se dissenserint, in *dubio* in partem *mitiorem* pronunciandum esse, aequitas suadet, ut tamen propterea aliquando ex *rationum* pondere judicare, atque secundum caussas, quae ex simplici, planoque ordine naturae petitae, incedere JCtis, justa causa suadente, integrum sit, quod ex asse in alia materia exposuit B. Stryck *U. M. Lib. XLVIII. Tit. VIII. §. IV.* Explorata ipsius rei *persona*, atque tortura per sententiam imposita, judicis est 2) inquisitum ad ipsam torturam

praeparare, adhibitis medicamentis, ne periculosa sequantur Symptomata, iisque fines torturae eludatur. Neque enim ars medica videtur expers remediorum, quibus vis morbi comitialis saltem ad tempus *suspendi* et impediri posset, quo minus in actum erumpat. Valeant ejusmodi medicamenta, in quantum valere possunt, saltim non nocebunt, si effectum intentum non produxerint. Suggessit hanc cautelam STRYCK *in not. ad Lauterb. Tit. de quaest. voce: epilepsia*, cujus vestigia presserunt Tubingenses apud HARPRECHT. *Vol. II. Cons. LXXVII. N. XIX.* Ut autem haec praeparatio effectu suo non destituatur, 3) expedit eamdem *secreto*, et *inscio* reo suscipere, et sic aliquando dolum *bonum* adhibere, qui quando de alterius praejudicio non agitur, licitus est, ut vel ipsa territio docet. Posset enim alias reus in negando contumax, etiam in *sumendis* medicamentis, si eorum vim non ignoraret, novum pertinaciae argumentum ostendere, et sic tormentis, si non in totum, in tantum tamen, paroxismo, tormentis nihilo secius corpori impositis, postea praeter spem emergente, se liberare. Quoad *tempus*, quo imprimis epileptici ob morbi gravitatem quaestionibus interrogandi vel non, 4) imprimis probo consilium BRUNNEM *Einleitung zum* Inquisitions-Process. *C. X. §. VI.* et BECK. *de jurisd. superior. criminal. C. XVI. Obs. IV.* qui torturam in genere gravi valetudine affectis eo tempore haud applicandam suadent, in quod *interlunium* incidit, vel ex doctrina ZACHIAE *cit. l. L. II. Qu. XIV. N. XIX.* quod aliis temporum tempestatumque mutationibus damnosum est, veluti, apud solstitia vel aequinoctia. Tum enim vim morborum crescere, et majoribus et frequentioribus motibus sese exerere, medicis ex rationibus *physicis* non ignotum est. Multo magis haec observatio ad *epilepticos* proferenda, quo gravior est vis hujus morbi, et quo felicius ita sinistris eventibus occurri potest. Imprimis vero, quando de *intervallis* certis constat, his perdurantibus tantum de equuleo cogitandum. Quae de furiosis, etiam dilucidissimis intervallis non torquendis TAB. *de tortura C. V. §. XXIV.* et HERTIUS de *haered. occis. vind. S. II. §. XII.* referunt, huc non pertinent. Neque enim par utrobique ratio adest. Furorem in terminos distinctum, per cruciatus degenerare in perpetuum, metuit TABOR *cit. C.* eamque ob caussam furiosos in totum absolvit: id vero per rerum naturam *epilepsiae* commune esse non potest, ut quis continua serie eadem corripiatur. ZACHIAS *quaest. med. legal. L. II. T. I. Qu. XIV. N. XVIII.* Ergo metum hunc inanem esse, nec a diversis ad diversa valere consequentiam, in propatulo est. Ut taceam, ipsam TABORIS de furiosis sententiam multis adhuc involutam esse dubiis, quorum inquisitio non est hujus loci. Ex gradibus, quibus ut plurimum torturam distinguunt, 5) ultra *primum* procedi vix posse, ex qualitate morbi infero, si vel maxime indicia alias majorem suadent, *pollicum compressionem, et fidicularum* applicationem intelligo; etsi Helmstadienses in priori, in dubio, tanquam in re ardua, periculique plena substiterunt, docente KRESSIO *ad Art. LIX. Const. Crim. Carol.* quod etiam rationem habet. Quae BESOLDUS loc. cit. atque ex eo HAR-

precht *loc. c.* refert, ad *elevationem* usque sententiam epileptico cuipiam fuisse extensam, nimis dura videntur, ut assensum non mereantur, etsi quoque eo collineasse Carpzovium citato loco admodum probabile sit, quando quidem vocem: *ziemliche: massen*, ordinarie de *secundo* gradu intelligunt practici. Ita esse torquendum reum, ut *salvus* supplicio tradi possit, leges jubent, omnes suffragio suo approbant; an vero hoc probabiliter sperare poteris, si magis de doloribus *augendis*, quam *diminuendis* in subjecto per se ad cruciatus perferendos minus apto, cogitaveris? Potest cumulus dolorum, si vel maxime durante tortura paroxismum non excitavit, postea *graviorem* non tantum motum, verum *majora* mala, ipsam mortem minantia procurare, quo facto integrum non semper est, post semel vulneratam causam, remedium quaerere. Unde magis in mitiorem partem inclino cum cit. Kressio, atque ad summum, *primum*, ut vocant, *gradum* in re tam periculosissima, pariter ac dubii eventus, agnosco, conf. quoque Guazzin. *defens.* XXX. C. XVI. *N.* XII. In ipsa executione 6) non tantum judicis, sed imprimis *medici* praesentiam requiro, ut ex signis, sanguinis motu, spuma, pallore, perpendat, utrum *simulet* tantum epilepsiam, an revera morbo supprimatur inquisitus? Frustra enim judicem de his indiciis instruit Zachias *quaest. med.* legal. Leg. L. I. Tit. II. Qu. VI. N. III. a quo haud expectaveris, applicationem eorum quae fallere possunt, et alius sunt studii atque fori. Visa veritate 7) confestim tormentorum genera *relaxanda*, licet gradus in sententia definitus, haud sit absolutus, ne in perniciem miseri remedium hoc tendat. Inferendae tamen actis omnes circumstantiae, quo momento, et quo gradu inquisitus in syncopen inciderit. Adjiciendum quoque medici 8) praesentis *attestatum* de ratione, et qualitate Symptomatum, utrum augmentum calamitati per torturam sit adjectum, nec ne? u appareat, num inquisitus imposterum in totum sit eximendus, an denuo sub certa praecautione, missis instrumentis, quibus defunctus est, torquendus? In eumdem fere modum pronuntiavit. Facult. jurid. *Hallens.* MDCCXXXIII. *mens. Dec.* et epilepticae infanticidii inculpatae primum gradum torturae his formalibus dictavit; *jedoch dasses bey denen Daumschrauben und Banden, bewandten Umständen nach, zu lassen, und die Vollstreckung der Marter in Gegenwart zweyer* Medicorum *geschehe, welche auf das genaueste auf die* Inquisitin *Acht zu geben haben, ubrigens woferne sie die* Epilepsie *befallen solte, so ist alsdenn nach befundenen Umständen und guthachten derer* Medicorum *mit der Marter nachzulassen, und sie wieder* ad custodiam *zu bringen, worauf alsdenn, und wenn alles ordentlich zu denen* Acten *registriret, ferner in der Sache ergehet, was Recht ist, V. R. W.*

In eumdem censum II. refero *lue venerea* vel morbo *gallico* laborantes, quos tormentis subjicere non modo periculosum, sed aliquando injustum. Res dependet a qualitate debilitatorum corporum, et utrum rei sine vitae periculo tormenta perferre possint? Quem in finem etiam hic ad consilium *medicorum* recur-

rendum, et conditio reorum accurate actis inferenda, ut extraneus in concipienda sententia modum tenere possit. Non enim magis de his, quam aliis valetudinariis perpetua regula dari potest, sed arbitrium judicis pro diversa reorum conditione omne punctum fert.

III. De foemina infanticidii rea *prolapsu uteri*, conjuncto cum *fluore albo* laborante, quaesitum esse nemini. Consulti medici unanimiter a durioribus cruciatibus abhorruere, ex rationibus et fundamentis admodum praegnantibus. Potiora tum *inflammationem uteri*, tum *extraordinarium* sanguinis *fluxum*, facillime ex tormentorum adstrictione proventurum nec non *convulsiones*, atque graves epilepsiae motus, aliaque mala, ex dolorum vehementia, et multiplicatione in tali corpore metuenda, horumque comitem ordinarium, ipsam mortem nimirum tangebant. Qua de causa satius visum, *suspensis fidiculis* infanticidii ream factum temere negantem in perpetuum *relegare*.

Inter morbos corpus debilitantes vulgo refertur quoque *aetas senilis* decrepita, cui merito contra cruciatus tortoris subveniendum. Alberti *jurispr. med.* §. IV. *in f.* Brunnem. *de process. inquis. Cap.* VIII. *M. V. N.* XXVII. *Decrepitae* aetatis studio mentionem injicio, non senectutis simpliciter, cujus nullum hac in materia privilegium cernitur. Quod eo magis demiror, quo majora alias jura singularia eidem a legibus imprimis civilibus sunt tributa. Quis enim ignorat, jura in dispensatione *honorum*, ac dignitatum *L.* 3. §. 15. *de Muner. et honor. L.* 2. *C. de primicer.* exemtionem a *muneribus* publicis *L. f. C. qui aetate vel prof.* privilegia circa *testimonii* dictionem 18. *de test.* venerandae olim Senectuti scripta. Taceo reverentiam plus quam paternam senibus exhiberi solitam, quam a Graecis ad Romanos migrasse, testatur Gellius *in N. A. C.* XV. et inter Romanos sancte servari refert Callistratus *in L.* 5. *de immunit. Semper*, inquit, *in civitate nostra senatus venerabilis fuit. Namque majores nostri pene eumdem honorem senibus, quem magistratibus tribuebant*, vid. Cicero *de senect.* Vaelr. Max. *L.* II. *C.* I. Et tamen in tanto honore tantaque veneratione constitutis immunitatem a quaestionibus datam esse, ex legibus non constat, quarum dispositione, simili veneratione praediti *milites*, *decuriones*, *illustres*, olim liberati erant. Quae in *L.* 3. §. 7. *ad SCt. Silan.* leguntur, aetate *defectos* concernunt, non autem senectutis, *qua talis* jura comprehendunt, quorsum etiam monitum generale. SCti in *L.* 7. *de quaest.* pertinet. Quumque aetatis *qua talis* in poenis nullum jus *singulare* esset jure. Quiritum, quid mirum, quod propter eamdem in doctrina de quaestionibus nil mutaverint Quirites? Omnium optime ex ipsis Legum argumentis hac de quaestione rationes subduxit Voet. *ad ff. tit. de quaest.* §. IV. *Quamvis*, inquit, *nonnullis placuerit, senes aetate defectos quaestionibus haud esse exponendos, per L.* 7. *de quaest. L.* 3. *ad SCt. Sil. tamen neque id lex ipsa satis probat, cum ignosci dicatur servis aetate defectis in eo, quod nocentes videri nequeant, si domino periclitanti opem non tulerint, quod longe distat ab iis, qui criminis prope convicti, sed illud*

inficiantes, confiteri compelluntur, neque, si probaret, usus servat, sed potius uti poenis nocentes, ita tormentis admodum suspecti addicuntur, habita aetatis ratione in cruciatu inferendo. Atque in eamdem sententiam ivisse; *Bavarum* ex *consultatione criminali Bavaricà* clarum est *P.* III. *Art.* IX. *Alle Leuthe von* 60. 70. *Fabren, soll man nicht peinlich fragen, sonderlich, wenn sie sehr schwach und altkommend seyn. Doch da sie von ziemlicher Starcke, kan man sie ring* torquiren, *und mit solcher Bescheidenheit, dass es ihnen an ihrer Gesundheit und Leben nicht schade.* Praejudicium de tortura et territione reali *septuagenarii* exhibet Hertius *Resp.* CCCCXXXIX. et Schilter *Exercit.* XLIX. *in additament. Conf.* Harprecht *Cons.* VIII.

Ex iisdem rationibus congruum torturae subjectum vix constituunt (IV.) qui non quidem toto corpore, verum *quadam* saltem parte aegrotant, vel quod vulnerati sint *brachiis, pedibus etc.* vel quod alio malo *certam* corporis *partem* afficiente, laborent, ceteroquin autem sani sint. Interim de his non tam diligens observatio necessaria est, licet arbitrium *medicum*, et *juridicum* eorum torturam moderari quoque debeat. Ordinarie et regulariter eos per torturam ad confessionem adigendos, patet ex *Art.* LIX. C. C. C. dummodo judex curaverit, ne iis partibus tormenta applicentur, in quibus laesi deprehenduntur, aut illa instrumenta adhibeantur, quae illis vulneribus haud respondent. Verba citati artic. sunt clarissima: *So der Beklagte gefährliche Wunden oder andere Schäden an seinem Leibe hätte, so soll die peinliche Frage dermassen gegen him vorgenommen werden, damit er an seinen Wunden oder Schäden am mindesten verlezet werde.* Agit Imperator h. l. non de vulneribus illatis tantum, loquitur verum etiam *von andern Schäden*, cujuscunque generis fuerint laesiones, ut sunt *contusiones, fracturae membrorum, vulnera secundum regulas artis non curata, apostemata, herniae etc.* Nominatim (V.) *Herniacos*, seu qui rupturam circa genitalia vulgo (*Brüche*) habent, caute esse torquendos, docet Stephani *ad Art. cit.* LIX. *Pollicum* compressione atque *fidiculis*, quin possint ad veritatem dicendam adigi, non dubium est. *Attamen ad scalarum tormentum* h. e. *elevationem, subeundum penitus sunt inepti, cum ob extensionem corporis, et conjunctam dolorum vehementiam atque concurrentem angorem facile minor Ernia exprimi et amplificari possit*, ut ratiocinatur Alberti *in jurispr. med. c. l. Cap.* VII. conf. Harprecht *Consult. Vol.* II. *pag.* 1587. Cothmann *Ill. Cons.* XXX. *N.* CCXLVIII. Idem dicendum (VI.) videtur de iis, qui *ulcuscula* in brachiis gestant, quae *fontinellas*, seu *fonticulos* vocant, adeo, ut is in *totum* parcendum esse, quidam existimaverint. Alii vero id non admittunt, eo, quod fonticulorum praesentia tantae efficaciae non sit, ut ad declinandam *totalem* torturam sufficiat, nisi valetudo concurrat adversa, vid. *Dn.* Alberti *cit. l.* §. VIII. Ad minimum id rationi conforme erit, ut, *uno* brachio vel pede impeditus, in *altero* nihilominus fidiculis excrucietur, prout has opiniones limitat Wildvogel *cit. dissert. Cap.* VII.

§. III. et probat cit. *Artic.* LIX. Quod si vero in ambobus *cauteria* habet, consilio *medico* opus erit. Taceo in praesentiarum aliorum morborum, vulnerum, quassationum corruptionumque species, quae, quatenus tormentis non congruant, facile ex iis exemplis, quae hactenus exposui, dijudicari possunt. Recensuit, plures Alberti *cit. l. Cap.* XII. quorsum lectorem remitto, conf. interim *Beyerische Malefiz-Ordnung tit.* III. *Art.* X. *Ordin. crim. Magdeb. Cap.* IX. §. XIII.

Ex his facili negotio occurri potest quaestioni vulgatae, utrum personae relatae cum reliquis valetudinariis, non obstantibus iis, quae proposui, aliquando et in certis casibus *exceptis* sub tormentis interrogari possint? Intelligo quaedam crimina *graviora*, et atrociora, quae vulgo *excepta* in enodatione praesentis quaestionis vocari solent a doctoribus, quamvis probatio exceptionis adhuc hodienum desideretur, in legibus nostris quippe non fundatae, sed ex solis traditis et vagis glossatorum sententiis depromtae. Referunt huc vulgo *apostasiam*, *haeresin*, *laesae majestatis crimen*, *veneficium*, *assassinium*, et quae sunt ejusdem generis alia, relata a Farinac. *prax. crim. Qu.* XLI. *N. C.* Equidem non ignoro, esse quaedam crimina, in quibus privilegii *militibus*, *et nobilibus* in legibus Romanis contra tormenta concessi, non habetur ratio, quae recensuit, ac ex ipsis fontibus supra Auctor illustravit. Verum enim vero dispositiones illae ad casum praesentem non quadrant, ubi de personis infirmitate, non privilegio status *adventitii* singularis a tortura eximendis, quaerimus.

Propugnavit hanc sententiam suo tempore contra plures interpretes Farinac. *cit. l.* CIII. imprimis Gomez *res. T.* III. *Cap.* CXIII. *N.* III. in f. et vulgatum illud: torqueri prohibitos, censeri exceptos in criminibus gravioribus, ita declarat; *quod tamen intelligo, quando non possunt torqueri, propter dignitatem et privilegium personae: secus vero, si propter aetatem, senectutem, vel periculum partus, vel debilitatem personae, quae tunc non possunt torqueri etiam in criminalibus exceptis, quia semper militat, et habet locum eadem probationis ratio.* Quae, etsi summa nituntur ratione, nihilominus tamen Crusius in farragine *de Indiciis P.* IV. *C.* XXXIX. *N.* XXVIII. *usus*, ait, *tamen inolevit, quod in caussa veneficii quoque aniculae decrepitae aetatis quaestioni subjugentur, uti laesae majestatis crimen vix eximit senem,* quam opinionem postea *N.* XLII. quoque quoad *leprosos* in crimine *sodomiae* et adulterii tuetur, atque a qua non adeo alienus videtur Auctor *N.* XXXIX. et Remus *in paraphrasi ad art.* LVIII. Ego vero has fabulas, et prodigiosa somnia non curo, satiusque esse existimo, corpore infirmos in quibuscunque delictis, quamdiu non sine periculo tormenta applicari queunt ad poenam *extraordinariam* damnare Gomez cit. l. *N.* XXVIII. Guazzin. *def.* XXX. *C.* XLV.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXVIII. N. 85.

Tortura militum et nobilium hodierna.

Valde dubito, utrum conditio *militiae* Romanae et hodiernae ita coincidat, ut ab illa ad hanc tuto argumentari liceat. Erat Romanis militia *lecta* ex delibuto flore juventutis, ipsique milites *aere proprio* patriam defendebant, quod ipsum eos variis privilegiis dignos reddebat. Contra nostra militia mercenaria, ac *conductitia* est, constans quoad maximam partem ex variis *rusticae* gentis hominibus, quorum non ea est conditio, ut vetera privilegia ad eos proferre liceat, ceu ex professo docuit de Ludewig *de diff. jur. R. et G. in re milit.* Quod Romanis et hodiernis militibus commune est meritum, periculo, pro defensione patriae subeundo, absolvitur; id autem solum nec in Latio efficax fuit ad jura militum singularia producenda, omnium minime hodie argumentum concludens eum in finem suggerere potest. Praeterea ipsa tortura olim *servile* erat remedium, ingenuis raro applicatum, adeoque facile succurrere poterat ratio, milites, *publicum*, idque honestum officium gerentes, ab ea eximendi. Hanc philosophiam ignorat *Carolina*, cui tortura est remedium *commune*, nulla hominum conditione circumscriptum, imo ad *novam*, veteri juri contrariam regulam redactum, cui *exceptiones juris Romani* parum conveniunt. Denique discordantia interpretum, quorum quidam exemplo Auctoris privilegium exemtionis ad solos militum *praefectos N.* XLVII. referunt, alii vero cum Strykio *U. M. tit. de quaest.* §. III. cum *gregariis* communicant, causam valde suspectam reddit. Rectius nuntium juri Romano mittunt, omnesque milites positis indiciis torqueri posse, asserunt Mencke *ad ff. tit. de quaest.* §. XIV. Beyer *eod. Posit.* XIII. Zigler *Ex.* XLVII. *inf.* Eadem quoque est ratio *nobilium*, quibus post veterem regulam, de usu et exercitio torturae, hodie mutatam, juris Romani sanctio parum prodest, et valde obstat, *quod reatus omnem dignitatem exuat.* Licet enim eorum causam adhuc agant, Stryck. *U. M. tit. de quaest.* §. III. et Froel. *c. l.* Mev. *cons.* LXXXIII. *N.* CXXVI. Leys. *sp.* DCXXXII. *M. I.* tot *limitationibus* tamen, tum a certis criminum speciebus, tum a malis moribus mutuatis, utuntur, quae usum praetensi privilegii vere evertunt. Interim ex praejudicio pro auctoritate juris Romani militante hoc retentum, ut quoties feralem sententiam concipiunt JCti, eidem clausulam: *jedoch mit Vorbewust der hohen Landes-Obrigkeit,* addere solent, ceu praejudicia apud Schilterum *c. l.* § CLXIV. Beyerum *c. l. B.* Pareyrem *T.* II. *dec.* MCCVI. et MCCVII. docent. Ita enim usus torturae speciem *dispensationis* in casu praesenti sapere videtur, et ipsa *confirmatio* more *extraordinario* est, quia alioquin sententiae torturam nibantes ea non indigent, sed sine mora a judice executioni dari possunt, nisi mos alicubi aliud invexerit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXIX. N. 21.

Tortura etiam in non capitalibus, remissiore tamen gradu obtinet.

In alia omnia eunt, usumque torturae ad sola delicta *capitalia* restringunt SCHILT. *Ex.* XLVIII. §. LXVII. LAUT. *ad ff. Lib.* XLVIII. *Tit.* XVIII. §. XLVIII. quia I. fustigatio jure Romano ad levia delicta relata, torturam autem secundum *l.* 8. *de quaest.* tantum in capitalibus adhibere fas est. II. Quia gravior *fustigatione*, et ipsa *manus* abscissione, prorsus autem non convenit, media veritatem eruendi ipsa poena acerbiora conquirere. III. Quia tanquam *odiosa* magis restringenda, quam extendenda. Verum *prior* fustium admonitionem, in Latio *honestam* cum odierna, quae *famam* sugillat, fustigatione, confundit, et ex jure peregrino petita est. Forsan melius concluderet *art.* VIII. C. C. C. qui solius *capitalis* delicti meminit. Verum, quod ipse SCHILTERUS fateri cogitur, totus contextus evincit, nihil minus, quam CAROLUM V. de determinatione delictorum ad torturam idoneorum c. l. laborasse, adeoque verba initialia mere *enunciativa* esse. *Altera* ad petitionem, principii pertinet, et manifeste fallit, quoties, uti decet, temperatur, et ad solum *primum* gradum restringitur, uti recte judicat LUDOV. *proc. crim. c.* IX. §. IV. Denique *tertiae*, hac ipsa moderatione plenissime satisfit. Diversae scholae sunt, qui torturam solis delictis *permanentibus* propriam faciunt, nec ad ea extendunt, quae a *nuda confessione* dependent, quibus facem praefert BODIN. *de usu et abusu torturae* §. II. satis castigatus in *El. jurispr. crim. S. I.* §. XXIV.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXIX. N. 45.

Ad causam civilem qua talem tortura non pertinet. Quid de thesauro, vel deposito occultato dicendum?

Ita vero crimen corporis afflictiva poena dignum, non causa *pecuniaria*, irrogat torturam, et sic habes exceptionem, quae sub regula haud continetur. Aut enim causa *tantum* civiliter, an *simul* criminaliter ob suspicionem falsi tractatur: illo casu tormenta exulant, non hoc, adeoque si ea decernuntur, id non ob causam civilem, sed *criminalem*, non per modum exceptionis, sed secundum regulam, quae torturam velut processus criminalis partem agnoscit, fit. Similem speciem supra exposuit Auctor *Qu.* LXXXVI. *N.* XXV. de eo qui Thesaurum inventum occultavit, quem sub fidiculis interrogandum esse, censet, ut de quantitate constet. Id autem dubio non caret, tum quia *corpus delicti*, ad quod quantitatis certitudo pertinet, hic semper *ambiguum* est, tum quod misera sors ipsius rei foret, cui sive majorem profitetur invenisse summam, fides non habebitur, sive minorem indicet, quam sponte confessus erat,

nulla spes liberationis, sed hoc solum solatium supererit, ut tormenta sustineat, et constanter se nihil invenisse, asseveret. Qua de causa in quantitate jure jurando inventoris definita acquiescit, ad tormenta vero properare dubitat Cl. Crell *de Thesaur. a Mercen. occult.* §. *f.* nisi *magna* perfidia in re obscura luculentis indiciis prodatur, qua sola ratione supra torturam probavi *cit. Qu.* LXXVI. *Obs.* I. Non multo aliter judicandum de *depositario*, pecuniam depositam dolose abscondendo, denegante, de qua specie egit Pontifex *c. l.* X. *de deposit.* Licet enim is indefinite ad eruendam veritatem *torturam* admittat, id tamen sub terminis habilibus, et hoc modo accipiendum: si *super dolo, vel fraude criminaliter actum fuerit.* Ita vero tortura non tam annexum est causae civilis, sed processus *criminalis*, adeo ut ne quidem necessario criminis consequens sit, nisi de hoc *criminaliter* agatur. Tractatur enim illud, vel civiliter, vel criminaliter: illo casu in effectu pro causa *civili* habetur, hoc vero demum indolem causae *criminalis* induit, et ad jura ejusdem, quorsum tortura pertinet, exigenda. Sic judicatum memini contra Judaeum ex chyrographo civiliter agentem, sed post rei ab eo conventi diffessionem, et institutam litterarum comparationem, de falsa documenti conscriptione, manusque rei imitatione gravatum, mox criminali cognitioni subjectum, tandem torturae per sententiam traditum. Hoc cum temperamento admitto doctrinam Reinhardti. *in diss. de tort. in caus. civil.* quidquid sine veritatis specie in contrarium moliatur Leys. *Sp.* DCXXX. *Med.* XV. qui torturam etiam sine judicio *poenali* seu processu *criminali* probat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXIX. N. 50.

Tortura testium. Conditiones quibus circumscribenda.

Quae Carolina *art.* LXXII. meminit de compulsorialibus, et requisitorialibus *dadurch die Zeugen zu gebührender Sorge zu bringen sind*, non tam ad testes testimonium *declinantes*, quam ad *judices* pertinent, et modum determinant, secundum quem *forensium* testimonium conquiri potest; Testes ad dicendum testimonium *cogi* posse, statuit *l.* 9. *C. de testib. et verberum* experimentum adversus contumaces probat. *Nov.* XC. CI. imo nominatim de torquendis testibus edicit *l.* 1. § 10. *l.* 18. §. 3. *de quaest.* Jus canonicum repetit ea juris principia, et torturae nominatim quidem non meminit, nec tamen eamdem diserte exclusit, et sic implicite comprehendit, *Tit. de test. cog.* Ex his itaque supplenda *Carolina*, quibus in specie ratio *salutis publicae* suffragantur, cujus interest exemplum non admitti, quo, quod scire necesse, subdole celatur. Agnoscunt praxin hujus torturae B. Parens. *J. E. Tit. de test. cog.* § V. Lud. *proc. crim. c.* V. §. X. et Tenzel *de tort. testium* simul tamen fatentur, varias praecautiones hic adhibendas esse, ne, quae in testem tantum cadit *contumacia*, nimis *rigide* tractetur. Qua de causa, uti ea, quae torturae generatim propria, huc transferenda,

qualia sunt, quae de corporis delicti existentia, necessitate indiciorum, modo cruciatuum, ratificatione, repetitione torturae in vulgus nota; ita huic torturae speciatim *proprium* est, ul. 1.) veritas aliter haberi nequeat, quod non de eo solo casu capiendum, quo crimen *occulte*, testibus, aliis haud praesentibus, commissum, Lud. *proc. crim. c.* VI. § XII. verum ad eum quoque trahendum, quo veritas delicti ab ipso reo per cruciatus exquiri nequit, sive quod indicia eum gravantia tantum fuerint *remota*, reusque per testem demum fortius gravandus, sive quod reus gravatus quidem, sed ob *corporis* conditionem a tormentis eximatur sive quod ejus tortura propter obstinatum animum *periculosa*, spes tamen sit, eum per testes veritatem enunciantes, plene convictum iri. Hoc amplius, ob eamdem rationem judex tentare debet, an *leniori* via testes ad dicendam veritatem commovere queat, ubi per *gradus* eundum, et primo mulcta *pecuniaria* praemittenda, tum. *carceris* etiam gravioris subinde constrictio addenda, tandem, insordescentia apparente, ad hos demum cruciatus veniendum. II. Ut de *dolo* vel manifeste, vel praesumtive ex actis constet, quorsum refero, quoties ignorantiam aut absentiam praetexit, et tamen de *mendacio*, quodque *praesens* tempore delicti fuerit, convictus est, vel praesentiam quidem confessus sit, sed contra omnem verisimilitudinem, nec audivisse provocationes, aut injurias, nec vidisse manuum armorumque consertionem asserit. Aliud enim dicendum, si de *praesentia* ejus in acta criminis non adeo constet, vel testes verisimilibus argumentis ob tumultum, clamorem, ejulatum, tempore delicti erumpentem, ignorantiam suam excusat, de quo judex ex circumstantiis arbitratur, et in casu ambiguo, ab hac laniena merito abstinere debet. Quod de *vacillantibus* testibus torquendis asserit Auctor, valde dubium est. Nam audiendum esse testem, qui rationabilem *variationis causam* allegat, fatentur Guazzinus *de def. reor. def.* XIX. *c.* II. *N.* III. Farin. *de test. Qu.* LXXIX. *N.* XIX. qualis etiam est, quae a *terrore*, vel *mentis confusione* repetitur. Praeterea sola inconstantia, si caetera desunt, vix tantae efficaciae est, ut ad eam solam tam dirum remedium praeparandum, quum doli praesumtio, quae huic inesse fertur, sit levior et fallacissima, adeoque non nisi cum *magna* cautione vacillantibus tortura praeparanda, quod recte inculcat *Bayersche Malefiz-Ordnung*, quam refert Tab. de *tort. C. V.* §. XXI. Tum. III. necesse est ut delictum celatum *atrox*, et tale sit, cui gravior ab ipso reo *principali* tortura imminet, quorsum hic solum *capitale* refero, non quod *corporis afflictiva* poena expiandum, quia in hoc per se ultra *primum* gradum contra reum procedi et sic fieri nequit ut, lenior tortura testi, quam ipsi reo parari possit. Ad haec IV, vix est, ut *pollicum* compressionem judex excedat, ne quam is ubique servare *proportionem* inter delictum et medium eruendi veritatem tenetur, ultra quam par est, progrediatur, et nimis doloribus affligat eum, cujus vindicta vix ad poenam corporis afflictivam usque porrigitur. Denique V. fatentur omnes hoc remedium, quia *extraor*-*i*-

narium, non facile extendendum, sed merito ad *infimae* conditionis homines, quibus per torturam non adeo praejudicatur, restringendum esse. Consentit. Bluml. *ad artic.* XXIII. *C. C. C. N.* XXVIII.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXIX. N. 53.

Dolores a notione territionis alieni.

Absonum et indoli *territionis* contrarium est, *ligaturas* applicare *doloresque* inferre, et tamen ipsum actum voce *territionis* designare. Haec solis *praeludiis* ad futuros dolores tendentibus, non *actuali* cruciatu, licet remissiori, absolvitur: territioni vero satis *doloris* inest, et sic inconvenientia omni dubio caret. Omnium minime delictis *levioribus* congruit *dolorum* applicatio, siquidem tormentorum metus, et incertus eventus gravius malum relegatione est, et ejusmodi praeludia in hominibus delicatulis, et mollibus plus acerbitatis habent, quam in robustis gravissima tortura. Unde non sine causa Auctorem taxarunt Oldek. *Decis.* III. *q.* I. Thoennik. *advoc. prud. in for. crim. c.* XII. *pag.* 65. Griebner *de repetit. torment.* §. V.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXIX. N. 74.

Crimen in tormentis confessus, ob novum inculpatus, an denuo torquendus sit? Tres distincti casus proponuntur.

Tres casus hic separandi sunt. *Primus* esto: si ob delictum confessione firmatum corporis afflictiva poena, ob *novum* emergens vero *capitalis* imminet. Hic sine dubio, suspensa poena extraordinaria, reus *quaestionibus* subjiciendus, cum discrimen inter utriusque delicti poenam sit adeo *notabile*, ut per illius executionem finis, quem haec intendit, prorsus non possit dici obtentus nec talis terror injectus, qualis ad cohibendos alios ab ejusmodi delicto sufficit. Hinc salus publica, quae *promerita* supplicia infligi jubet, fundatam causam praebet, utrum graviorem reus poenam promeruerit, indagandi, non attento decreto judicis ad poenam *extraordinariam* jam directo. Quo jure enim reus *post* poenam *extraordinariam* jam applicatam, ob emergens aliud delictum effugere torturam non potuit, eodem *re adhuc integra* sufficere nequit, ut veritas imminentis sceleris supprimatur, ipse vero poenam ejus effugiat. Ad *alterum* refero, si *aequale* delictum emergit, puta, si fur furtum capitale confessus, de simili, vel alio *aeque* capitali delicto gravatus, posterius negat. Tum licet Carpzovio in Thesi concesserim, quod veritas delictorum omnino e-

ruenda, et ob qualitates aggravantes ordinarie fidiculis locus sit; in *hypothesi* tamen cum eodem torturam ob emergens crimen probare nequeo, tum, quod duplex capitale delictum regulariter poenam ordinariam non *aggravet*, sed idem supplicium, quod antea dictatum, detecta etiam postea vetate, reum comitetur, et sic labor *frustraneus* torquendo suscipiatur; tum quod poenae capitalis executio *finem* indagandae veritatis contineat, eumque satis compenset; tum quod post investigationem alii non magis deterreantur, si eadem illa poena mortis, quae antea imminebat, post veritatem utriusque detectam applicatur. *Tertius* casus est: quum vel *gravior* poena capitalis ob novum crimen, vel *exasperatio* prioris imminet, puta si gladio feriendus de latrocinio, parricidio, proditione, vel alia circumstantia prius delictum *aggravante* suspectus sit, quo casu utique, suspensa sententia jam lata, in veritatem inquirere opus erit, ne reus promeritam poenam effugiat, quod alias per indirectum fieret: Accedit, quod alioquin nec *terror* obtineatur, quem ob cumulum criminum aliis injici oportet. Hae considerationes, quo magis legibus conveniunt, eo minus sunt negligendae in praejudicium salutis publicae. Labor judicis hic non est inanis, aut frustraneus, uti quidem priori casu sed maxima *utilitate* constat, quoties reus postea omnia ingenue fatetur. Falsum itaque est, quod dissentientes cum Bodino *de abus. tort.* §. XII. urgent, per poenae capitalis executionem publico *plene* satis fieri, sufficientemque terrorem aliis injici. Cerebrinum est, quod ab aequitate et misericordia saepe *intempestiva* ducitur argumentum; lepidum vero, quod a parcendis *sumtibus*, vel a *desperatione* imminente quorum in aliis casibus non habetur ratio, petitur ratiocinium. Hoc facilius concesserim, *moderatam* esse debere torturam, ipse Carpzovio judice, nec facile ad *tertiam* extendi posse, si post detectum alterum delictum denuo de novo reus insimulatur. Alioquin satius esse credo, *rigorem* sequi, quam *intempestiva* clementia delicta supprimere velle; uti recte sentit rivin. *spec. Diss. an mort. reus denuo torment. sit subjiciendus* §. *XX. sequ.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 7.

Latior conceptus praesumptionis quam indicii. Variae indicii definitiones. Judicium tum ad delictum, tum ad ejus auctorem concludit. Differentia a probatione. Indicium remotum et proximum.

Indicium ab indicando dici, in vulgus notum est, eoque collineat vox Germanica, Carolo admodum familiaris, *anzeigen*. Indicatur etiam et monstratur cum *facti* alicujus existentia, tum *auctor* ejusdem. Facta sunt licita, vel illicita, quae illa indicant, *bona*, vel *indifferentia* indicia, quae his inserviunt, *mala* audiunt, appellatione a re indicata mutuata. Unde non mirum, quod dentur vocabula utrisque *communia*, qualia sunt *Anzeigen*, *Muth-*

massung, *Wahrzeichen*, sicuti nota sunt, quae semper ad *sinistra* tendunt, veluti *Argwohn*, *Verdacht*, quorum illud compositum ex *Arg*, malum, *Wahn*, suspicio, hoc usu loquendi de rebus *molestis*, non gratis usurpatur. Nunquam enim dicimus, *Tugend*, *Wohlthat verdenken*, bene tamen *ein Laster*, *Liederlichkeit verdenken*. Usus forensis eamdem notionem indicio tribuit, et hoc modo a *praesumptione*, quae latior, et aeque bona ac mala esse potest, distinxit, ita, ut, quoties in *delicto* arguendo occupamur, argumentum indicativum semper *indicium* audiat. Hactenus de vi vocis. Sequitur, ut de notione genuina indicii conveniamus. Quam definitionem Auctor proposuit *N.* VI. parum discrepat ab ea, quam Tabor *ad art.* XIX. *C. C. C.* §. XXV. concepit. Utraque paulo latior est, et *probationem* criminis, quam ab indicio distinguere fas est, simul comprehendit. Multo magis hoc vitio laborat definitio Claseni, quod sit *argumentum, quod judicem de delicti commissi veritate vel simpliciter, vel quodammodo certum reddere potest, ad inquirendum, torquendum, condemnandum comparatum.* Ad haec, accurate loquendo indicium non est *argumentum*, sed circumstantia, unde ratio humana argumentum struit, et, quae de indiciis proferuntur, ea non *leges*, sed communes hominum *ratiocinationes* exhibent. Titius *ad Lauterb. Obs.* MCCCLXXII. Accuratior est definitio Beyeri *art.* XVIII. *CCC. P.* I. secundum quam indicium est *factum vel facti vestigium, unde criminis conjectura capi potest.* Reapse autem angustior est, quam ut indicii conceptum exhauriat, quandoquidem conjecturae emergunt, quae a factis ejusque vestigiis peti nequeunt, qualia sunt, quae a *robore* corporis, levitate, animi, *vicinitate, armis etc.* petuntur. Paulo latior est definitio quorundam, quod indicium sit *circumstantia delictum antecedens, vel subsequens.* Nam plus continet, quam ambitus solius indicii suggerit, quum dentur circumstantiae consequentes quae vim probandi habent. Mallem tamen indicium definire, quod sit *circumstantia cum crimine ejusque auctore nondum probato verosimiliter connexa.* Fundamentum itaque I, colloco in *nexu*, unde concluditur, et naturalis consequentia petitur, is vero in solo *concursu* circumstantiae cum facto quaerendus, ex quo sua natura capitur sufficiens ratiocinium, ad inferendum tale factum, quum, quod rei vere cohaeret, ideo, quia cohaerere solet, ad eam indicandam aptum sit. Cessante cohaesione, deerit nexus, et sic indicium concidet. Quo etiam pertinet, si quid, quod vere rei non cohaeret, cohaerere *falsa opinione* creditur ut in *magiae* indiciis, *stigmate* diabolico, et *cruentatione* cadaveris, apparet, ubi operatio et signatio diaboli, miraculum, effluviorum, denique efficacia gratis supponitur, et per *fallaciam* caussae ratiocinium depravatur. Perinde enim est, utrum concursus sit *nullus*, an *imaginarius* quum a falsa, vel dubia rei existentia concludere, et nexum aliquem statuere non liceat, imo potius reprehensionem incursat, qui, quod ultra captum et intellectum humanum est indicium, sibi obtrudi patitur, *conf. artic.* XXI. *C. C. C.* Hoc si verum, frustra in-

dicium in sola *legis* dispositione quaerendum, fatente Beyero *ad art.* XVIII. *CCC. Posit.* IV. quum quae leges iudicio tradunt, non *necessitent*, sed ratiocinantem judicem *confirment*, securioremque in judicando esse jubeant, praeterea deficientibus *naturalis consequentiae* argumentis error legis sit liquidus, efficacia legis autem non eo pertingat, ut *intellectum* stringat, et de ratiocinio judicis arbitrari possit. Hoc tantum legislatori concedendum, ut ubi concursus, licet remotior, est majorem effectum juris, quam qualem natura ejus suggerit, eidem tribuere, et indicium remotum ad *torturam* qualificare possit, quum nexum *aliquem* adesse sufficiat, modus vero illum addito singulari effectu ad facta applicandi, sit actio *externa*, quae voluntati legislatoris subest. Nam aliud est indicium sine *omni* nexu formare, quod a lege alienum, aliud vero iudicio ampliores *effectus* civiles tribuere, quod facilius ad actionem *legis* referendum. Ubi vero omnis omnino concursus nexusque verus deficit, nec objectum legis habile adest, ibi, cessante praesupposito, inutilis est indicii determinatio, legis transgressio vero innoxia, ut ex indiciis *magis* in Carolina probatis manifestum est, quae nauseant hodie judicia nostra. Praeterea II. circumstantia cohaeret non modo *facto* criminoso, sed etiam *auctori*: inde dantur indicia alia quae *crimen* arguunt, et ad *corpus delicti* evincendum inserviunt, veluti si ex vulneribus aut contusione cadaveris, homicidium, vel infanticidium colligitur: alia, quae evicta facti certitudine solum *auctorem* facti suggerunt. Utrisque opus habemus in foro criminali, et in exordio cujuscunque inquisitionis, ubi omnis sollicitudo in indaganda criminis veritate, et eruenda persona delinquente terminatur, cui talia indicia potissimum inserviunt, quorum omnium idem est fundamentum, sed diversa conclusio. Denique III. dum crimen *nondum* probatum suppono, argumenta *probantia* ab *indiciis* merito distinguo. Quotquot in foro criminali indagandi criminis occurrent momenta, hoc quidem *commune* habent, quod a certitudine *absoluta* sint aliena, fallere possint, et sola *verisimilitudine* absolvantur. Postquam vero leges eorum non nullis hunc *singularem* effectum tribuerunt, ut ex iis *pura* condemnatio ad poenam decerni possit, aliis eadem vis detracta, et solus effectus *inquirendi* veritatemque ulterius eruendi relictus, nata inde distinctio inter modos probandi, et indicia. Quumque illi in jure satis determinati, et ad certum *numerum* redacti, non potest non sequi, ea demum momenta verisimilia *indicii* nomen mereri, quae mediis *probandi* adnumerata non fuisse, constat. Hactenus de notione indicii. Sequitur *divisio* tum in *communia*, et *propria*, quae per se clara, tum in *proxima*, et *remota*, quam non satis Auctor discussit. Quid enim sibi vult, quod posteriora non *semper* veritatem rei arguere existimet, illa vero *certa* et *indubitata* vocet, et tunc adesse censeat, quoties evidentiae nihil nisi *confessio* rei deest. Ita enim non modo falsum asserit, sed *obscurum* peraeque explicat. Inverso potius ordine ea *proxima* audiunt, quorum argumentum *raro* fallit, quaeque *plerumque* veritatem rei, de qua quaeritur, ar-

guunt, et ideo, quia parum absunt ab existentia facti, eidem quam *proxime* accedere dicuntur, remota vero, quae *frequentius fallunt*, nec semper cum simili crimine sunt connexa; nec cum eo quid commune habent, sed *per se separatim* subsistunt, licet *aliquando* eidem cohaereant. Ita vero regulae de *verisimilitudine* hic omne punctum ferunt, secundum quas, quo frequentior, vel parcior est rei cum eventu convenientia, eo major vel minor inde deducta *verisimilitudo* emergit, quum facilius ea, quae *ut plurimum*, difficilius, quae *raro* contingunt, praesumantur. Usus hujus distinctionis secundum *Const. Crim. Carolinam art.* VI. is esse dicitur, quod ex remotis *unum* ad torturam non sufficiat, sed eorum *plura* requirantur: proximorum vero *unum quodque* hunc effectum producat. Verum id non adeo liquidum est, quum ipse Imperator ab hac hypothesi, ut ex *Art.* XXXII. *C. C. C. et Art.* XXXV. XXXVI. *seq.* apparet, recedat, nec unum *proximum* indicium illibi existat, quod absque pluribus *adminiculis* efficax foret, ut dudum docuit Beyer *ad Artic.* XXXIII. *Pos.* II. Satius itaque est asserere, ea momenta *vim* proximi indicii habere, quae, ut dictum, rarissime fallunt, cui fini obtinendo, *una* circumstantia non sufficit, sed plurium adminiculorum concursus, ex quorum conspiratione *summus* probabilitatis gradus promanat, desideratur. Unde non male, indicium per *aggregationem circumstantiarum*, a quibusdam vocatur. Interim hoc verissimum, singula remota, etsi *separatim* parum concludant, tanto fortius stringere, quoties eorum *plura* conjunguntur, quia tunc vis concludendi ex consensu *plurium* dependet; nec ea aliter elidi potest, quam uti *Qu.* CXXIII. *Obs.* IV. ostensurus sum.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 29.

Requisita famae ab auctore allata sunt lubrica, utiliora proponuntur.

Requisita quae Auctor *N.* XXII. concervat, ita comparata sunt, ut si ea ad *punctum* exigeres, vix casus contingeret, cui fama sinistra objici posset quum sceleratissimi suos fatores habeant, a quibus laudantur, ac defenduntur. Accedit quod rumor iniquus magis ore *malevolorum*, quam honestorum virorum promoveatur, quod ipsum cum *selectu* testium, super diffamatione recipiendorum pugnat. Sed ne requisitorum quidem, quae Auctor ex *Carolina* refert, adeo facilis est applicatio. Nam fama non simul, ac semel, sed *pedetentim* nascitur, adeoque difficillimum, si non prorsus impossibile est, *causam primam* famae, ejusque originem praecise exquirere, licet hoc velit *Art.* XXV. *C.C.C.* Aliquando contingit, ut unius hominis maleferiati, reique inimici de quo constat, propalatione, aliquid in vulgus sparsum esse, constet, vel vice versa, ut reus sceleratis actibus gravasse existimationem apud viros integerrimos liquido convictus fuerit, quo casu, quia satis de *origine* constat, res clara. Verum utra-

que indagatio ad casus *rariores* pertinet, homini autem malevolo et callido nihil facilius est quam rumores artificiose disseminare, ut quando, et quomodo enati, postea erui nequeat. Unde parum fidei inest famae, licet diuturna, vel pervulgata sit, quamdiu de aliis adminiculantibus argumentis non constat, qualia sunt I, ut in *eodem*, non *diverso* delicti genere fundetur, et indoles ac natura rei feratur in ejus generis delicta ad quae praesens pertinet, de quo ex vita ante acta facile constare potest. Enim vero fontes delictorum non sunt iidem. Alia ex avaritia, alia ex luxuria, alia ex superbia oriuntur, et sic in unius delicti genere famosus esse potest, quo cum *praesens* delictum nullam nisi *remotissimam* connexionem habet. Quis enim concluderet; homo voluptuosissimus in criminibus *carnis* exercitatus est; ergo ad *homicidia*, et *latrocinia* pronus. II. ut orta sit *ante inquisitionem*; quae post emergit semper suspecta est, quum ea sit vivendi ratio, ut quoties contra certam personam judex exsurgit, quilibet historiolas, quas referre hucusque erubuit, jam narrare non erubescat, sed plenis buccis effutiat, et sic citius, quam sperabatur per *totam civitatem* fama sinistra spargatur, de qua nemo, ne somniando quidem antea cogitavit. Nam uti in genere fama sinistra honestate, et emendatione vitae subsequentis, mirifice purgatur. Blumb. *ad Artic.* XXV. *C. C. C. N.* I. ita, si qua famae, protinus post coeptam suspicionem emergentis, probabilis est ratio, ei multum hoc ipso, quod hucusque obdormiverit, nec eruperit, et sic verisimiliter purgata fuerit, decedit.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 34.

Praesentia in loco criminis sub quibus conditionibus delictum arguat?

Praesentia rei in *loco criminis* commissi, ejusve vicinia, res innoxia est, honestissimam causam habere potest, et ideo *per se* nullum prorsus indicium involvit, nisi *suspecta ratione*, quis ibidem visus fuerit, quod indicat particula; *verdächtig*. De hac unice ex *circumstantiis* constat, quae desumuntur I. a defectu *caussarum* praesentiae allegatarum, sive quod veritati prorsus repugnent, sive quod nullum *reo* eum praesente *loco* commercium sit, sive quod ipsae caussae *fictioni* proximiores, a verisimilitudine autem aliena fuerint. II. a *temporis* quo quis visus est, conditione, ut ecce: si haec ad perfectionem criminis commodissima fuerit, quorsum refero furto facto, tempus nocturnum, vel diurnum, si inter *epulas*, aut durante *cultu divino*, quo a domo abesse homines solent, facti clandestini executio suscepta. Richt. *P.* VI. *C.* XXXI. *N.* I. Ipsius loci non adeo habenda ratio, nec verba *gefährlicher Weise* carpenda, et cum Tabore ad locum delicti oportunum restringenda. Nam locus cum aliqua *latitudine* accipiendus, sufficitque reum visum esse *prope* locum per-

petrati delicti, in vicinia, in accessu, vel recessu ejus loci, vel districtus, in quo praesens delictum vere commissum constat III. a reliquis adminiculis, quae ipso *momento* deprehensionis emerserant, ut ecce! si deprehensus *expallescere* coepit, *fugam* tentavit, *turbatae mentis* aut *armatus* fuit. Quod si ergo probabilem *praesentiae* caussam allegare potest, si eo tempore, quo locus *Copia* hominum praesentium abundat, visus, si obvios amice allocutus, vel alias ibidem quietae mentis fuerit, vis indicii facillime elidi potest.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 40.

Vis concludendi ex conversatione cum malevolis fallax est.

Etiam hoc indicium valde *remotum* est. Cum aliis loqui, edere, bibere *infimum* gradum amoris constituit, per se a facto probroso multum abest. Verum *quotidie*, *clanculum*, *scienter* cum improbis conversari, nullamque caussam solidam commercii allegare posse, hominem malae notae esse, hoc ipsum est, quod in praesenti vim concludendi suggerit, prout vel omnes, vel quaedam harum circumstantiarum concurrunt. Unde, uti error, et ignorantia non parum reo prodest, ita multo magis excusat *stupiditas*, *imbecillitas* judicii, *consanguinitas*, quarum caussarum numerus, quo major allegari potest, eo minus efficit, ut sinistri quid contra reum argui possit. Nonnunquam defensores ad *necessitatem* studium propriae *salutis*, metum majoris *mali*, quem etiam caupones, hospitium in desertis, sylvisque habentes, allegare solent, provocant, nec sine ratione. Mirum vero quod nonnulli hic contra mentem Imperatoris *torturam* comminiscantur, quum qualecunque fuerit hoc indicium, vix ad inquisitionem *specialem* sufficiat. Quod enim in crimine *magiae* aliud visum Carolo *art.* XLV. ex erronea de criminibus *exceptis* doctrina sine dubio repetendum.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 48.

Odium non ex sola caussa sed indole ipsius rei aestimandum. Idem de minis. Commodum, spes lucri, aliaque motiva.

Ad varia delictorum *motiva* pertinent inimicitiae, odium, minae, spes lucri, adeoque nexus eorum cum delicto commisso est manifestus. Et circa priores affectus quidem, tum a *gradu* concepti odii, tum ab *indole* ipsius rei vis indicii dependet. Quam ob rem odium non praecise ex *caussa*, unde oritur, sed ex *condescentia* ipsius *rei*, hactenus oblata occasione significata, aestimandum, quum non omnium sit idem vindictae studium, non omnes omnia aeque graviter ferant Kress. *h. a.* §. VI. Imprimis *quando* ortum

fuerit, recenti tempore, an *olim*, et tum quidem, an *duraverit*, quanto tempore interruptum, quibusque actionibus purgatum fuerit, videndum. Ut autem reus *unicus* inimicus capitalis fuerit, ceu Menochio *lib. I. praes.* LXXXIX. *N.* LII. visum, non desideratur, licet, si fuerit, tanto *major* praesumtio in eum cadat. Imprimis usus hujus indicii est in delictis *deliberatis*, vix in iis, quae ex improviso in *rixa* suscipiuntur; ubi plerumque circumstantiae ex *facto* desumtae hoc iudicium obfuscant Blanc. *de ind. N.* XC. Eodem modo minae ejus tantum indolis hominem, qui solet et potest eas exequi, gravant, non vero Thrasonem, hominem ventosum. Quae de certitudine ejus, quod reus minatus est addit Beyer *Pos.* XVI. pertinet *ad Art.* XXXIII. *C. C. C.* ubi indicium hoc tanquam *proximum* producitur. Rectius *generales* minas ad remotum refert Tabor. Denique circa commodum speratum, vis concludendi ex eo dependet, utrum commodum sit certum, proximum, an incertum, remotum, leve, an praesenti delicto proportionatum? genius rei facto praesenti respondeat, nec ne?

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 59.

Vis inculpationis a laeso factae ex caussis scientiae pendet. Quid circa exculpationem, vel inculpationem tertii juris?

Quia *inculpatio laesi* ad communia indicia pertinet, verbum, *Verlezung* non cum Auctore de vulnerato, sed in genere de laeso capiendum, ut post Taborem observavit *Kress. C. I.* § VIII. veluti si is, cui furto, vel rapina res ablata, expositis sufficientibus scientiae caussis, adversarium indicaverit. Multo minus articulus ad *moribundum*, seu morti vicinum restringendus, uti plerumque ex praejudicio *l.* 3. *§. I. ad SCt. Syll.* tradunt. Nam etiam is, qui tantum vulneratus, ac postea sanatus est, vel mortuus quidem, sed eo tempore, quo de *morte* non *cogitarat*, alterum inculpat, audiendus est, si concludentes *scientiae* rationes allegat, quum hic de solo remoto indicio quaestio sit, ad quod argumenta etiam fallacia sufficiunt, licet aliud visum *Helmstadiensibus JCtis* apud Leys. *Sp.* DC *N.* XLI. qui ob talem delationem, licet inopinata morte firmatam, reum pure absolverunt. Interim inculpanti hoc quam maxime obstat, quod in *propria* causa testis, et ideo *suspectus* sit. Id quum cesset in *tertio*, cujus prorsus non interest, haud video, cur etiam hujus delationem ad hunc articulum transtulerit Kress. quum, si is omni exceptione major est, in-

dicium hoc in proximum per *Art.* XXX. *C. C. C.* degeneret. Plane si inculpans mortuus, sola cogitatio aeternae salutis, tam efficax non est, ut nullum *affectibus* locum relinquat, adeoque quantacunque integritatis praesumtio pro hoc affato militet, vix tamen *remotam* suspicionem egreditur, BLUML. *N.* XXXI. Utrum ad incarcerationem vel inquisitionem sufficiat? de quo late quaerit KLEIN. de *exculpat. morib.* et unice de qualitate *caussarum* scientiae allegatorum pendet, adeo, ut si earum plures concludentes, et *indoli* inculpati convenientes fuerint, ad tormenta procedere fas sit. Multo fortior est innocentiae praesumtio, quum *exculpatio* subministrat, pro qua etiam habetur, quoties laesus tertium quendam inculpat, et quem antea inculpaverat, mox iterum ipso facto *excusat.* LEYS. *Sp.* CXLIV. *Med.* IX.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 70.

Fugam variae causae excusant. Ante ceptam malignam suspicionem tentata suspecta est. Aliquando proximum indicium constituit.

Parum accurate Auctor, uti in antecedentibus ita in hac specie statum controversiae format, quando quaerit, utrum *fuga* indicium ad *torturam*? Id enim *Art.* XXV. *C.C.C.* quem Auctor exponit, repugnat in quo *remota* tantum indicia referuntur. Oportebat ante omnia definire, utrum ad *incarcerationem*, anquam remotum conducat? Nam sublestae fidei est, quod abitus, tanquam res *indifferens*, suggerit argumentum. Multum hic proderit reo provocare ad *saevitiam* judicis, *potentiam* inimicorum, *falsos* testes, *metum* carceris, compedum, vinculorum, cetera. ZANG. *de quaest.* *C.* II. *Num.* LXXVII. Quam inter eum, qui *rupto* carcere, vel *extra* hunc fugit, profert distinctionem. Auctor, ea solido destituitur fundamento, ut contra eum jam observavit LEYS. *Sp.* DXXXV. *Med.* V. cum KRESSIO in f. Et licet CARPZOVIUM defendat BLUMLACHER h. a. in f. paulo timidius tamen de fidiculis sentit, nec facile ob so'am carceris rupturam, si alia adminicula non circumstant, ad illas provocandum esse docet. Ego, ne quidem, quod LEYSERUS c. l. admiserat, indicia *praecedentia* per fugam ex carcere *augeri* crederem, quum taedium carceris, studiumque libertatis, praesentissima, et contradictionis expers defensio sit, ceu supra *Qu.* CXI. *Obs.* X. evici. Nec melioris notae sunt argumenta, quibus TABOR *ad h. a. C. C. C.* § XII. fugam ante inquisitionem tentatam ex criminis *conscientia*, post eam, metu *carceris*, susceptam arbitratur. Nam utraque causa tam priori, quam posteriori propria esse potest, et sic solida *diversitatis* ratio cesset, qua in re consentientem habeo BLUMLACHERUM *ad h. a. in f.* Facilius *conscientiam* sinistram admitterem, si quis, de quo nemo hactenus sinistre cogitavit, ex improviso elabitur, qui ipso hoc suo facto, se suspectum reddit, adeoque non tam, an coepta sit inquisitio, sed an de eo male ominari coeperit judex, u-

nice inquirendum, de Cocc. *de fuga p.* 17. Singularis est species ordini ICtorum Hallensium olim oblata. Funesto latrocinio occulte commisso, judex omni diligentia inquisiverat in auctorem, sed ne vestigium quidem eruere poterat, adeoque in causa quasi desperata paulo segnior pedetentim esse coeperat. Hinc civis quidam securior factus, varios amicos ad lautum convivium vocaverat, cumque iis inter gaudia multum temporis tam letabundus transegerat, donec medias inter compotationes inopinatus rumor intercedebat, duos facinoris auctores in vincula a magistratu esse conjectos. Quo comperto hospes, jam discalceatus, vestibusque discinctus, relictis domi sodalibus, mox muros civitatis transcendebat postridie e fuga a magistratu revocabatur. Hunc negantem nec ullas fugae causas allegare valentem, ex hac sola circumstantia ad tormenta damnatum novi. Ipsa fuga enim *insolito tempore* ac *modo* erat suscepta, *inopinata absentia* sub nullo praetextu excusari poterat, et ideo merito vincere visa, quod a vitae honestate, pro se allegaverat, praesidium. Eadem de insolita fuga tradit Zigl. *Ex.* XLVII. *C.* III. § XVII.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 78.

Variatio in circumstantiis indifferentibus magis gravat, quam in essentialibus. Mendacium indicium mere remotum.

Uti contra rei *trepidationem* judicii criminalis veneratio, ita contra *variationem* perturbatio animi, vel studium se conservandi, efficacissimam praesidium subministrat. Est haec sors innocentissimis communis, qui, quoties in jus vocantur, et caute respondere cupiunt, nonnunquam *scienter* falsas circumstantias allegant, vel priorum responsionum non semper memores, dum elabi nituntur, sibi contradicunt, et hoc modo incidunt in scyllam, dum volunt, evitare charybdim. Quam ob rem *varius* sermo *per se* non magis reum suspectum reddit, quam *constantia* vere nocentem ab omni culpa absolvit, nisi aliae circumstantiae concurrant. Neque quidquam in recessu habet distinctio inter circumstantias *essentiales,* veluti *loci, temporis,* et accidentales, seu reatum nec augentes, nec minuentes quasi illarum, non harum variatio fraudi sit. Nam magis est in iis quae nihil relevant, et sic secure veritati convenienter allegari poterant, vacillare, quam inconstantia in referendis illis circumstantiis, quae qualitatem delicti, et poenae determinant, et sic alicujus *praejudicii* sunt, reum fieri. Ibi aliquid excu-

sationis peti potest ex *objecto*, super quo quis quaesitus: hic ne *colorem* quidem habet sermonis inconstantia, sed vitium inconcussum manet. Prona itaque conclusio, qui in circumstantiis *indifferentibus* ejusmodi ludificationibus se exercet, facti principalis *malam* conscientiam habere censetur.

Variationi proximum, ab ea tamen diversum est *mendacium*, quo data opera sed *constante* sermone *veritas* supprimitur, in circumstantiis ad factum negatum pertinentibus. Neque hoc indicium per se aliud, quam *remotum* est, quum saepissime ad defugiendas inquisitionis molestias rei negent, quae vere egerunt. Ita intelligo *Art.* XXXVII. *C.C.C.* secundum quem in casum commissi *veneficii* is, qui de *emtione* veneni temere negata convictus. Neque enim de *tortura* ibidem nominatim quid disponitur, neque notio indicii *proximi* mendacio tali convenire videtur.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXX. N. 89.

Allegatio insolitorum suspecta est.

Dubitatum aliquando, utrum circumstantiarum delicto commisso vere cohaerentium cum omni *verisimilitudine* pugnans *dissimulatio* ad hanc classem pertineret? Species talis erat. Exanimis deprehendebatur dominus in conclavi impetu sclopeti confessus. Audiverant omnes crepitum pulveris pyrei, quotquot in vicinis aedibus dormiverant. Solus, qui a servitiis ejus erat, ferarum confector, etsi in proximo loco tabulis tantum a dicto conclavi distincto decubuerat, stridorem se audivisse negabat. Res tanti visa JCtis Hallensibus, ut eum concurrentibus aliis adminiculis ad *equuleum* damnare non dubitarent. Ajebant nimis *affectatam* esse ignorantiam, rem quae tantopere *sensus* movet, dissimulare velle vix possibile esse, aliquem tali impetu in vicinia non expergefieri, allegationem hujus hominis tanto majore suspicione laborare, quanto minor verisimilitudo ei suffragabatur, esse ignorantiam praetextum *insolitum*, et cum eo, quod communiter sensibus percipitur, pugnantem adeoque proximo indicio, quod rem rarius fallentem supponit, convenientissimum. conf. *C.* 10. *de praesumt.* Horn. *Cons.* VIII. *N.* XVI.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 6.

Res praesumtivi auctoris in loco delicti inventa.

Non opus est, ut de re *tempore delicti* amissa certo constet, quia sic crimen ipsum non posset non liquidum ac probatum esse, sed *conjecturata* persuasio sufficit collecta ex variis huic convenientibus circumstantiis, ut ecce; si hi, quibus loci conditio cognita, rem paulo post delictum commissum, in loco deli-

cti repertum, *antea* ibidem **latuisse** ex certis scientiae caussis, negant. Inde enim naturalis consequentia ducitur, eum, ad quem illa pertinet, in loco delicti praesentem fuisse, et verisimiliter ipsum delictum commisisse. Ita vero ad *qualitatem* rei repertae respici, talemque, quae executioni delicti inservit, praecise requiri, non oportet, uti quidem textum interpretatur Tabor. Nam vis concludendi non tam in rei qualitate, quam in *conditione loci* ac *temporis*, quo res aliena *confestim* apparuit, quaerenda, quorsum exemtum Auctoris de *vestimentis*, *armillis*, *sudorio* similibusque pertinet. De hoc si non constat, sive quod domestici rem dudum ibidem vidisse asserant, sive quod ignorantiam obtendant, quia res alia ante peractum facinus ibidem recondita esse potuit, *naturali* consequentiae, ad auctorem delicti praesentem inferendum multum decedit, imprimis, si, qui de crimine insimulatur, ibidem oberrare solitus fuit, et alia quacunque indifferente occasione rem repertam amittere potuit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 19.

Tortura aeque ad permanentia quam transeuntia delicta pertinet. Variae species semiplenae criminis probationis.

His addit IV. Oldek. *Tit.* IV. *Obs.* XXXVIII. tale delictum, *cujus a reo extorta confessio* verificari potest per signa, quae innocens nec indicare, nec scire potest, ob *art.* LX. *C. C. C.* quale est facti *permanentis.* Sed cur non idem in *transeuntibus* obtinebit, quae testis oculis vidisse suis asserit? Ita sane tortura in his prorsus exularet, quod a veritate alienum. Neque cit. art. tam strictam interpretationem patitur, ut aliam quemcunque nexum confessionis cum praecedentibus indiciis, unde verisimilitudo dependet, excluderet. Et licet quae in delictis *carnis* vulgo requiritur, seminis immissio, a testis depositione non dependeat, nihil tamen obstat, quo minus verba *der Haupt, Tache der Missethat*, pro quolibet facto delicti *sensuali* accipiamus, et sic testem de concubitu actuali oculis viso deposuisse, aeque sufficiat ac sufficit ad inducendam *semiplenam* probationem, si in homicidio de actu physico distinctam notitiam habet licet reatus ipse, quem *dolus* conficit, adhuc ambiguus sit. Caeterum vim semiplenae probationi delicti habet, I. depositio plurium testium *inhabilium* de delicto sensibus percepto conspirantium Lynk. *Resp.*

CCXCII. *N.* XCII. II. confessio *facti physici* a reo in judicio edita, cum temeraria negatione earum circumstantiarum lex quibus *reatus* potissimum dependet, ut Auctor ipse Qu. CXXII. fatetur. III. plena per *duos* testes idoneos probatio earum *circumstantiarum*, quae indicium *proximum* constituunt, aliquando etiam *imperfecta*, ut *Obs. seq.* docebo. IV. concursus testium *singularium* de *diversis*, sed invicem amice *conspirantibus* circumstantiis deponentium quae *singularitas* magis rem firmat, quam enervat, GRAZ, *C.* IV. *M.* II. *S.* II. *art.* II. *N.* LXVI. conf. *Qu.* CXXIII. *N.* LV. quia fidem unius circumstantiae auget altera, et quae argumenta sigillatim lubrica sunt, *conjunctim* sumta tanto fortius concludunt. Ad hanc itaque speciem refero axioma de conjungendis pluribus *imperfectis* probationibus quod si exemplo ZANGERI *de tort. c.* III. *N.* XXX. generaliter ad caussas criminales applicatur, parum abfuturum est, quin ex indiciis, quibus imperfectam probationem inesse constat, reum condemnari posse, existimemus. Denique V. vim semi plenae probationis habet *comparatio litterarum*, quam solum silentium legis Carolinae, ad quod provocat TABOR *ad art.* XXX. *C. C. C. N.* II. excludere aut in idoneam reddere nequit, vid. STRYCK. *de semipl. prob.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 27.

Interrogatio de sociis omnibus delictis communis non certis tantum propria.

Socium criminis, dum nomino, non eum tantum, qui satellitem egit, aut realem operam in executione delicti tulit, intelligo, sed etiam, qui concursu suo aliquid ad *effectum* imprimis contulit. Neque aliam notionem recta ratio suggerit, cui, participem, et socium delicti esse, paria sunt. Neque aliter Carolina *artic.* LXXVII. tum ob clausulam generalem *Hülf Beystand wie es Nahmen hat*, tum ob praesenten articulum, in quo *derer Helfer* mentio fit, cen recte observat TABOR *de confront. P.* IV. *C.* II. *N.* II. III. Consulentium itaque, instigantium mandantium eadem ratio, ac sors, nec quidquam impedimento est, quo minus in omnibus delictis reus interrogari possit: *Ob Inquisit die Missethat vor sich verübet? wer ihm dazu beràthig gewesen?* Res tam plana est, ut mirer, qui fieri potuerit, quod BRUNNEMANNUS. *C.* IV. §. XXVIII. et HEILS *de proc. inq. C.* V. §. XX. cantilenam de criminibus *exceptis* adhuc cantare, et quaestionem de sociis in iis, quorum executio vix sodales fert, uti sunt crimina carnis, reprobare potuerint. Quasi vero corruptio, seductio, consilium, similisque *concursus* hic exularet, et extra poenam foret! Quasi blandus sermo, *et persuasio*

tertii vitio actuum libidinosorum in persona rei principalis nihil detraherei!

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 28.

Nominatio socii frustra ad torturam restringitur.

Rationem hujus, quam Auctor defendit, sententiae, tum in praejudicio juris *Romani*, tum in praesumtione, quod *infamis* ex proprio delicto sua sponte non dicturus sit veritatem, tum in reddenda nominatori per torturam *habilitate* vulgo quaerunt. Verum priori obstat, quod tortura Romanorum *mancipiis* applicata, normam non possit praescribere judiciis criminalibus *hodiernis*. Altera, quam sibi obrepere passus est Mauritius *de denunc. sagar.* §. XII. petitionem principii involvit, nec *naturalis*, quam is allegat, consequentia; *malos non nisi malo coactos officium suum facere*, praecise *torturae* necessitatem infert, sed ad quamcunque coationem pertinet, nec tam ad fidem confessionis quam ipsam *confessionem* procurandam tendit. Tertia denique cum *recta ratione* pugnat, secundum quam, quamdiu caussa durat, tamdiu infamia concurrit, et sic absurdum est, asserere, infamiam per *torturam* abstergi. Unde suavia haec somnia sunt, ab aliis quantum satis profligata, veluti Tabore *ad* h. a. Hoffmanno in diss. *an nominatis socii sub tormentis fieri debeat.* Hertio *Resp.* CXI. *N.* XVIII. Leysero *sp.* CXLIV. N. XI. qui posterior nominationem sola *morte* confirmatam probat, quod tamen de necessitate *absoluta* non intelligo, et etiam ante mortem nominationi effectus suos tribuo Quae ex verbis Carolinae *in der Marter* dubia formantur, nihil certi definiunt. Ea enim non *dispositiva* sed mere *enunciativa* esse, inde colligo, quia ratio recta ex indole torturae nihil suggerit, unde fides nominantis crescere, et major, quam qualis extra eam est, fieri possit; praeterea verba subsequentia *gefragte oder gemarterte* utriquae depositioni eamdem vim tribuunt; imo verba *initialia* non torturae, sed *carceris*, seu planius inquisitionis mentionem faciunt, *so ein Missethäter einen in der Gefängniss besaget*; tum textus de eo casu, qui *ordinarie* ex more reorum, extra tormenta nil confitentium, contingit, conceptus; denique alioquin non *quinque*, sed *sex* requisita Imperator supponere debuisset. Profligata torturae necessitate, multo minus assertioni *stupratae* inter dolores *partus* factae fides habenda, in praejudicium patris nominati. Tractant hanc quaestionem Beyer et Kress. *h.* §. III. Sed Leyser eidem parum fidei habet; praecipue contra personam *honestam*, quia periculum vitae, in quo nominantes constitutae dicuntur, vix in ejus *conditionis* mulierculas ex delicto infames cadere, asserit *sp.* DLXXVII. *N.* VIII. Longe minus Froelich *ad C. C. C. Lib.* II. *P.* I. *Tit.* II. *pag.* 149. ferendus, qui nominationem socii non admittit, nisi in *tormentis* illa confirmetur, adeoque *invitum* ad hanc lanienam rapiendum esse, decernit. Quod, quam absurdum sit, nemo non videt, qui

paulo attentius cogitat, nominantem multo lubentius pro declinando cruciatu nominationem *revocaturum*, quam amore veritatis tormenta gratis subiturum esse. Ita solide post Auctor *caut. crim. dub.* XLIV. *Ration.* V. judicant Beyer *ad Artic.* LXV. *C. C. C. P.* X. et Kress. *ad art. eumd.* §. I. *N.* III.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 30.

Nominatio socii ultronea sine praecedente interrogatione.

Circumstantia *interrogationis* est valide *indifferens*, nec addit, nec detrahit depositioni, si quam habet, fidei particulam. Etiam hic Imperator casus ut *plurimum* contingentis tantum memor est, quemadmodum generaliter in legibus fit, et nihil amplius, quam *suggestionem* praecise exigere voluit. Quam ob rem cordatiores hanc circumstantiam in cerebro Doctorum natam impune negligunt, et nominationem *spontaneam* caeteris paribus admittunt. Lynck. *de nom. soc.* C. VII. *Th.* VII. Bluml. *N.* II.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 33.

Nominatio ex circumstantiis ad eruendam veritatem aptis demum grava.

In hoc momento pondus praesentis indicii quaerendum, dummodo illud non in multitudine sola, sed simul in *similitudine* conspirantium circumstantiarum collocetur. Quem in finem circumstantiae ad *eruendam veritatem aptae* esse, non judicis intellectum superare debent. Peccarunt in eo majores, qui, quae sagae de evolatione, corporali translatione, concubitu cum diabolo narrarunt, quasi in se evidentia et extra controversiam posita adoptarunt, et in sola *circumstantiali* sagarum confessione substiterunt, contra mentem Imperatoris, qui tales circumstantias requirit, *die zu nachfolgender Erfindung der Wahrheit dinstilich seyn, h. e.* in se veras, et possibiles, non vana persuasione constantes fluctuantes, vid. omnino Maurit. *de denunciat. sagarum.* §. XXIV. Atque ita supersedere possumus, novo, quod supplet Kressius, requisito, quasi nominati *verisimilis* esse debeat.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 36.

Variasse non censetur, qui socio nominato, postea alium constanter nominat.

V*ariatio* quocunque demum tempore succedat, multum seriae depositioni *detrahit*, dummodo personam *nominatam*, de cujus tortura quaeritur, concernat. Unde perseverantiam adesse nuper respondimus, quum reus *socio* nominato, mox *alium* nominaverat, et in hac posteriori nominatione perseveraverat. Nam haec non obstante sermonis inconstantia accurate *art. cit.* respondebat, eumque, qui *posteriore* loco nominatus, ad torturam gravabat. Nonnunquam posthabita revocatione nihilominus tortura dictatur, si illa cum *verisimilitudine* pugnat, et ex circumstantiis probabile est, eam studio meritum, vel commodum captandi, esse susceptam, ut ipse Imperator *cit. art.* fatetur.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 49.

Gloriatio ex indole praesentis delicti et moribus rei vim accipit. Impossibilium vel inverisimilium confessio nullius momenti. Transactio super delicto.

Suspicio criminis, quod reus extra judicium confessus est, non ex sola *indole* rei, ejusque *moribus* deperditis, sed tali *studio*, quod crimini *praesenti* respondet, repetenda. Nam non omnium delictorum idem fons, eadem executio. Quem vitae dissolutio in *bacho* et *venere* famosum fecit, eum non protinus homicidium, de quo gloriatur patrasse, dixeris. Nec proprii delicti concinnator ideo fidem habet, quum civitates abundent. Thrasonibus, hominibusque ventosis, qui, nescio, quod crimen ex sola animi levitate in commessationibus effutire non verentur, modo ut laudem aucupent et gloriolam captent. Saepe corporis ac virium imbecillitas, delicti, ubi robore opus, confessionem prorsus enervat, ut in furto vi *ingenti* commisso contingit. Iterum *astus*, quocum praesens delictum commissum esse constat, *ingenio* gloriantis parum convenit. Tum, etsi in *simile* delictum quis alias fertur, adhuc tamen videndum utrum ea fortitudine animi polleat, ut cum adversario in re athletica forsan exercitatissimo coivisse verisimile sit. Breviter, examinandum, utrum praesens delictum, eaque, quae, illud circumstant, *robur, au-*

dacia, *astutia* singularis in reum cadant, nec? et inde demum de vi concludendi judicandum. Hoc amplius, delictum confessione probatum sua natura *possibile*, et verisimile esse debet, adeoque parum fidendum gloriationi *sagarum*, quarum depositio plerumque *corruptae phantasiae* debetur, ad persuadendum judicem, ineptissimae, ut docet Brunnem. *discours von der Zauberey C.* III. §. V. Caeterum vim confessionis habet *transactio* super crimine cum laeso *privatim* inita, quae solo hoc argumento sustinetur, quorsum pertinent, quae de illa Auctor *N.* LVI. protulit.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXXI. N. 67.

Transactio pro reo tentata nexum cum crimine arguit. Kressii explicatio art. CX. profligata.

Hanc interpretationem tanquam verbis convenientissimam, et naturam indicii *proximi* exhaurientem, omnes hactenus adoptarunt, quum *proxenetam* agere, negotia aliena *conciliare*, non infimum suspicionis gradum, quod ejus, quam maxime intersit, rem perfici, constituat. Eamque conjecturam mirifice anget conspiratio juris *Romani*. In quo talis species totidem verbis reperitur *l.* 3. *de his qui notant. infam.* cujusque auctor legis Carolinae studiosissimus fuit. Solus, quantum scio, Kressius in alia omnia ivit, textumque de simplici *diffidatione*, et in specie de iis, qui caussam diffidantium agunt, de *lytro* a diffidatis solvendo transigunt, iisque omnem securitatem contra vim futuram repromittunt, explicat, cui vide, quae opposui in *El. jurispr. crim.* S. I. §. CXXXVI. Certe vox *lytron*, quo usus Carolinae *primus* interpres Goblerus, tam propria non est *diffidationibus* ac incendiis, ut ad quodcunque *redemtionis* pretium, quod *transactioni* pro demulcendis laesis inest, non aeque transferri posset. Et tamen auctoritatem Gobleri ad hanc, quam commentus est meditationem, ansam sibi dedisse fatetur Kressius. Nihil magis ejus interpretationem suspectam reddit, quam complexus verborum: *ohne Verwissen des gefangenen Obrigkeit*, quocquid demum is contra illum excipiat. Nam impossibile est, ut salvo illo interpretatio Kressii fidem faciat, quum posito, aliquem diffidationis insimulatum, *carcere* inclusum esse, ridicula foret negotiatio, de redimendo incendio, cujus metum ipsa incarceratio inanem reddit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 14.

Homicidio inter plures in rixa commisso, collatio vulnerum cum telis applicatur, sed fallax est.

Quia vis praesentis indicii ex *facti* circumstantiis desumta, hae solae cum caede connexae quoque ad gravandum reum sufficiunt, *quisquis* demum ille sit, et quantamcunque demum ex indolis *bonitate* praesumtionem pro se habeat, quae, quia *generalis* est, cedit *specialiori* contrariae. Quod contra Taborem moneo, qui verbum, *Verdacht*, ad hominem *malae frugis* contra mentem Imperatoris restringit, quod tamen ex solo nexu circumstantiarum, *factum* concomitantium, hic explicandum. Alias recte monet Kressius *ad Art.* XXXIII. C. C. C. §. II. *N.* II. non solius *temporis*, exemplo verborum articuli, sed *loci* quoque rationem esse habendam, ne vis concludendi in hac specie nimis turbetur, nisi dicere velimus, hoc supplementum suggere verba *verdächtiger Weise*, quum modum *suspecta visionis* nil magis determinet quam *locus*, et *tempus*, quatenus homicidio praesenti non repugnant, sed exacte cum eodem conveniunt. Quidquid sit usus hujus indicii tunc tantum cernitur cum eae facti circumstantiae in *unum* tantum quadrant. Quid ergo si *pluribus* aequaliter conveniant? Tum in eo, qui ex pluribus *magis* gravatus, subsistendum, quem in finem expedit collationem *telorum* cum *vulnere* instituere, ut, cujus arma vulneri respondent, cujus non, appareat, Beyer *ad Artic.* XXXIV. *Posit.* IX. Non tamen diffiteor, argumentum pro reo, si arma vulneri *non respondet*, plus quam contra eum *si respondet*, concludere, quum arma plerumque *paria* sint, vulnusque multiplici hoc exprimento, quantacunque demum cautio adhibeatur, dilatari, et gladius, qui in principio minus aptus vulneri apparebat, post reliquorum instrumentorum collationem, aptior fieri possit. Quod si nemo ex pluribus in hac specie magis gravatus, judici auctor non essem, ut ad medium eruendi veritatem confugiat, ne propter delictum, quod ab *uno* vere commissum, *plures*, et inter hos vere *innocentes* cum *nocente* lanienam istam subeant. Satius erit, in re obscura omnes ad poenam *extraordinariam* condemnare. Idque tanto minus dubium, si in *tenebris* aggressio contigit, vel plures instar *imbris impetuosi* in aliquem simul ac semel ruunt, ut neuter eorum exactam facti notitiam habeat, ceu recte observat Bluml. *ad h. Artic. C. C. C.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 18.

Veneficii indicia, corpus delicti.

Parum ponderis inest adminiculo, quod ex *mendaci* negatione veneni emti repetit Auctor, ut Kressius ad oculum demonstravit *ad Artic.* XXXVII. *C. C. C.* et ipse *Qu.* CXX. in fine docui. Majorem speciem prae se fert adminiculum, quod ex variis *motivis* talem caedem committendi petitur, quibus deficientibus, indidicium si non *inutile*, certe admodum *nubricum* erit, quum (a) vix fieri possit, ut quis feratur in factum tantopere scelestum, nisi *incitamentum* aliquod rationabile praecedat, nec (b) homo extremo etiam gradu improbus gratis in vitam ulterius insidiose quid moliri soleat, semper motivum speciale habeat. Imprimis reo multum proderit, si ipse de eodem potu, vel cibo, quo alter periisse dicitur, bibit, vel comedit, Granz. *C.* V. *M.* II. *S.* III. *Art.* III. *N.* CLIII. ubi tamen, auctor Oldekopio. *T.* IV. *Obs.* IV. monet, non ideo protinus abstinendum *a tortura*; quia pluribus interdum eumdem cibum capientibus, non omnes laeduntur, et pro qualitate *temperamenti* calidi, aut frigidi alteruter vomitu virus eijcere, vel antidoto contra noxam se praeparare possit, Stryck. *de jur. sens. diss.* VI. *C.* IV. *Num.* XXIV. Ante omnia tamen in hac specie supponendum, de eo, quod venenum caussa *sola* et *proxima* mortis fuerit, constare, quae res ad forum, et relationem *medicorum* spectat. Quodsi homo ex porrectione non *perierit*, ipsi tamen *nocitum* esse dicatur, tum in veritatem *assertionis*, tum in *qualitatem materiae* venenosae, adhibitis artis peritis, inquirendum, quem in finem itidem *attestato* medico opus est, quod hoc aeque ac priori casu, *specificum* esse debet, ut inde, utrum venenum fuerit *propinatum*, an *connatum*, quia utrumque saepe eadem signa externa habet, constet, Oldek. *Tit.* IV. *Obs.* XLII. *N.* X. De hoc corpore delicti dixi supra. *Quaest.* XX.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 21.

Inspectio de infanticidio suspectarum graviora indicia requirit. Fit ab obstetricibus. Nonnunquam a medicis. Corpus delicti praesumptivum in caussa infanticidii sufficit.

Nihil magis ingenia JCtorum in inquirendis *infanticidii* indicii exercet, quam inspectio, et corpus delicti. Inspectionem ocularem pro eruendis puerperii argumentis qualitas circumstantiarum *Artic.* XXXV. et LVI. *C. C. C.* expositarum, quia hae ex caussis *naturalibus* oriri possunt exigit, adeoque illa tale est adminiculum, sine quo vix ad torturam provolandum. Decorum quod per istam suggillatur, ratione subministrat, cur contra *honestiores* sine magna caussa non adhibenda est, Leyser *sp.* XIV.

Med. VI. nec cadavere infantis invento, integra vicorum *universitas* cogi potest, ad exhibendas puellas in usum inspectionis, Kress. *ad Artic.* XXXV. *C. C. C.* Ipsa executio inspectionis eo tempore, quo puella a partu *recens*, et sic spes est eam non *frustaneam* fore, suscipienda. Adhibendae ex mente Imperatores *obstetrices*, non qualescunque, sed cum delectu, *providae*, et *expertae*, non nimis *vetulae*, vel *juvenes*, Stryck. *de jur. sens. Diff.* I. *C.* II. *N.* XXXVII. jurejurando *credulitatis* depositionem confirmantes, si non antea juramento ex more loci generali fidem obstrinxerit. *Numerum* non definit Imperator, regulae juris tamen in *duabus* acquiescunt. Quod si plures in loco haberi nequeant, etiam *unius* depositio sufficit, secus ac sentiunt Bruml. *de Art.* XXXV. Granz. *C.* V. *M.* II. *S.* III. *a.* III. *N.* CLIX, aliique, qui in numero definiendo nimis desudant, Simon. *de jur. obstetric.* § XV. Magis dubium, an non potius *medici* advocandi. Ex mente Imperatoris id negandum, qui quoties horum ope se indigere autumat, ad eos nominatim provocare solet, id autem in hoc articulo non fecit. Neque deficit ratio, cur *obstetricibus*, in arte obstetricandi magis credendum sit, quandoquidem hoc eorum *quotidianum* est negotium,ut parturientibus assistant, et sicillae in *dubio* melius de signis partum judicem instruere queant, nisi insignis earum *imperitia* moveat, negotium potius *medicis* committere, quod non prorsus improbat Stryck. *c. l. D.* I. *C.* II. *N.* XXXIX. Circa *corpus delicti* vero meminisse oportet, *vestigia* infanticidii saepe quidem prostare, quo casu res plana, nonnunquam autem ea fraude malevolorum ita esse *confusa*, ut inspectio ocularis nil proficiat, quo casu ad principia quae delictis *occultis*, vel facti *transeuntis* propria recurrendum, et ex *nexu* reliquarum facti circumstantiarum cum conditione, et moribus personae gravatae, collatarum, de concludentia judicandum. Si enim ob defectum *sensualis* vestigii, exemplo Beyeri *ad Art.* XXXV. *C. C. C. Posit.* XI. corpus delicti impugnare liceret, vix in promtu foret ad *torturam* indicium, foeminisque suppeditaretur cautela, variis fraudibus omnia oculis subtrahendi, modo, ut torturam effugiat, qualem jurisprudentiam horret *recta*, et *utilitas* civitatum communis. Artem celandi et oculis judicis subtrahendi anniculos norunt puerperae, et tanto frequentius exercent, quanto facilior est hujus *abolitionis*, in sola puerperae potestate, plerumque constituta executio. *Flammis* absumunt partum, in *profluentem* conijciunt,in *frustra* sectum porcis devorandum objiciunt, et si quae similia sunt omnem humanitatem superantia facta, quibus, si occurrere non possent judices, praesentissima, et duriori veritatem eruendi medicina actum esset cum salute infantum ex *illegitimo* coitu natorum, et praxi vindictae, quam leges crimini infanticidii praescripserunt. Adeoque non quidem *festinate* sine verisimilibus de existentia infantis argumentis,nec tamen nimis *scrupulose*,ubi existentiae repugnantes non obstant circumstantiae, de usu torturae judicandum.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 27.

Corpus delicti ad effectum torturae in infanticidio vero et praesunto. Lethalis negligentia matris. Uteri dissimulatio. Partus clandestinus. Accessus ad latrinam, in quam partus ejectus. Effectus torturae.

Dubium quod in proximo praecedenti casu animum judicis turbat, in praesenti specie supplet, qui hic supponitur, *oculis* judicis subjectus *partus*, ejusque a matre facta agnitio. Aliquando vicem ejus sustinet *confessio* matris, quod partum, quem mortuum natum excipit, enixa fuerit, licet de eo *vestigia* non extent, sive quod alio casu existere desierint. Difficilius tamen posteriori, quam priori casu ad tormenta procedendum. Nam hic, corpus delicti, de quo ante omnia judicandum, ex confessione, ejusque nexu cum indiciis, postea referendis, pendet: ibi autem *inspectione* oculari verificari potest. Absolvit enim corpus delicti non sola cadaveris *praesentia*, uti Auctori visum, qui sufficere credit, si cadaver oculis subijcitur, tametsi nec *vulnus*, nec *cicatrix* appareat; sed potius verisimilis infantis *vivi* sed *dolose* necati ratio, de qua ante torturam constare debet. Equidem de utraque circumstantia reus sub tormentis interrogatur, et sic ad *utriusque* plenam investigationem tormenta conducunt, non ideo tamen existimandum, eam ad *solam* torturam pertinere, nec ullam ejus ante ipsius executionem rationem haberi, quorsum tendit sententia eorum, quibus solum *cadaver* quaestionibus suscipiendis sufficere videtur. Non enim solum factum *physicum* ad corpus delicti sufficit, si abstraxeris a *reatus* verisimilitudine, de qua, quantum fieri potest, ante omnia laborandum. Quidquid differentiae hic occurrit, ad *gradum* verisimilitudines redit, qui levior ante torturam est, plenior vero requiritur pro admittenda confessione *quaestionibus* extorta. Et (a) *vitae* quidem verisimilitudo, si partus extat quem rea edisse fatetur, a relatione medicorum, sin oculis subtractus, a verisimili omnium indiciorum nexu, b) *necatio* vero a depositione medicorum, et indiciis mox referendis *conjunctim* dependet. Quod de partus viventis verisimilitudine dixi, ipse Imperator probat, qui in hoc articulo supponit *ein lebendiggliedmässig Kindlein.* Nam perfectio vel imperfectio partus fortissimum argumentum medicis de *vita* judicem instruentibus, suggerit. Neque tamen in hoc solo subsistendum, sed praeterea an? quae? quot vulnera in cadavere reperiantur? quae conditio corporis interna? inquirendum, ut de nexu quem vulnera suggerunt, cum facto praesumpto constet. Nam uti validissimum est *vitae* argumentum, vulnera *lethalia* reperiisse in infante, secundum statum membrorum externorum, et internam conditionem ad vitam destinato; ita violentiae signis multum decedit, si structura interna vitae repugnat, medicique ex rationibus *specificis* partum non vixisse, matremque tantum

in cadaver saeviisse, asserunt, ex quo scelestum quidem *propositum*, sed non *exitus*, seu infanticidii consummatio colligitur. Multum hic tribui solet experimento *pulmonum* quod, quomodo suscipiendum sit, docet, simul autem *fidem* ejus valde infringit Heils *de proc. inq. c. l.* §. VII. Fateor, vim argumentorum ab eo prolatorum vincere ea, quae pro usu ejus attulit Beyer *ad Art.* XXXV. *C. C. C.* sive indolem ipsarum rationum a peritis allegatarum, sive medici *imperitiam*, vel *inadvertentiam*, quae solae saepe tentamen suspectum faciunt, respexeris. Si quae concludendi vis eidem inest, ea magis ad *innocentiam*, quam inculpationem referenda, quum longe probabilius judex ex *submersione* pulmonis ad absolutionem arguat, quam ex *supernatatione* ad reum gravandum. Magna itaque cautione opus, quoties exinde corpus delicti pro applicanda tortura repetendum, quandoquidem frequens *fallaciae* caussam *dubium* facit, haec sola qualitas vero eam sententiam, quae tormenta reprobat, tanquam *tutiorem* commendat. Quo etiam refero doctrinam eorum qui nunquam equuleo reum subijciunt, quando tentamine hoc applicato, verisimiles in *utramque* partem conjecturae apparent, Leys. *Sp.* DCXI. *Med.* XVII. Quanto rectius concludere licet, solum id experimentum torturae tunc inservire, si *specialiores* rationes in contrarium non repugnant, vel id aliis *gravibus* suspicionibus fulcitur, et sic tanquam merum *adminiculans* consideratur. Hoc temperamento obviam eundum excessui quem utrinque committunt, qui in re fallacissima *nimii* sunt, pro concionanda torturae legalitate, et vice versa, qui totum experimentum penitus impugnando, *experientiae* bellum indicant. Atque hactenus factum lethale ex variis momentis cruitur. Nonnunquam de sola *lethali negligentia* quaestio emergit, veluti si inedia, vel nimio sanguinis effluxu partus periisse fertur, quo casu corpus delicti *ex omissione* necessarii auxilii petitur, et simul ex *conditione* cadaveris de verisimili vita judicatur, ut supra *Qu.* IX. *de infanticid.* pluribus evici. Posito itaque hoc corpore delicti, quaeritur quid dicendum, si mater partum *mortuum* natum, vel casu in *terram* prolapsum, lethale vulnus sibi contraxisse, excipit, et sic a dolosa oppressione, vel necatione se excusat? Carolus tum ad *torturam* super *vitalitate*, et nece *dolosa* suscipiendam requirit, ut *uterum* celaverit, *clam* partum enixa sit, eumque postea *occultaverit.* Quod indicant verba, *davon sie, in vor, und nach der Geburth schuldig wird.* Occultationem accipio, non pro sola dissimulatione, sed pro *silentio*, cum *inficiatione*, vel *facto* quodam in usum celationis suscepto nisi, probabilem graviditatis *ignorantiam* allegare puerpera possit, veluti, si cum peritiores consuluisset, hi, illam *gravidam non* esse, renunciarunt, vel menstrui fluxus mulieri contrarium persuasit, quibus casibus ne quidem *positiva* uteri *dissimulatio* matri fraudi est futura. Praeterea ad *clandestinum* partum non sufficit, defuisse ipso momento editionis personas, ad ferendum auxilium aptas, sed locum *solitarium* a matre hoc fine electum esse oportet, quum nihil facilius sit,

quum ut dolores partus ex *improviso* in tali loco, ubi hominum copia deest, obrepere possint, quod quia ad *casum* pertinet,partum clandestinum non facit suspectum. Secus ac tunc juris, si instantibus doloribus, cum potuisset, socios convocare neglexit, et hac ipsa conditione dubii eventus *affectata* docuit, sibi salutem infantis parum cordi fuisse. Atque his *duobus* momentis doli verisimilitudo, potissimum fulcitur, usque adeo, ut mox reum *quaestionibus* subdere fas sit. Occultatio enim partus, cujus merum *adminiculum* est, unde suspicio paululum crescit. In se sola parum gravat, et a vere *innocente*, qui propalationem partus mortui nati sibi noxiam futuram suspicabatur, fieri potest, adeoque demptis prioribus circumstantiis, non magis reo nocet, quam spontanea *manifestatio* factum illicitum partus clandestini purgat. Hoc amplius, *suspecta* personae parturientis *conditio* in genere hic supponenda, et omnia haec ad mulierculas non sine *macula* gravidas tantum referenda, non vero ad *conjugatos* partum, ob anticipatum concubitum forsan celantes, trahenda. Nam illis pro amoliendo existimationis dispendio quotidianum est, natos improba machinatione subducendi, et sic ratio sufficiens non prostat, sinistram suspicionem contra eas capiendi. His vero ex coitu nulla *maculae* inhaeret, et sic caussa *probabilis*, ob quam sceleratum consilium in detrimentum partus capere possent, prorsus cessat. Ita recte textum ex juncto consimili *Art.* XXXV. de ea, quae se pro virgine gerit, *eine Dirne so vor eine Iungfrau gehet*, interpretatur. Leyser, *c. l. M.* XXIII. Pertinet huc quoque species de muliere quae ad *latrinam* accessit, partumque elabi passa est, sed postea, ut fieri solet; *dolores ventris* praetexit, de qua egi supra *Qu.* XI. *Obs.* VI. Hactenus de muliere ad *torturam* tantum gravanda. Quid ergo si his casibus dolores tormentorum sustinuit, nec quidquam confessa est? A dolo quidem, non a culpa, quae hic liquida est, purgabit, et sic poenam *extra ordinariam* non effugiet, ab ordinaria vero liberabitur, quam Berlichius, *P.* IV. *Concl.* VII. *N.* XXX. ex falso supposito, quod partus clandestinus *per se* dolum juridice arguat, defendit,ut alii dudum notarunt, et inter hos Froelich *ad C. C. C. P.* II. *pag.* 201.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 37.

Cruentatio cadaveris indicium nullum.

Quantum fidem olim inter superstitionis tenebras huic momento tribuerint, discimus ex Schottelio *de sing. in Germ. jurib. c.* III. Sed alia pedetentim invaluit sanior philosophia, quam ipse Farincius *Pr. crim. T.* V. *Qu.* LII. *Num.* CLVI. amplexus est. Sive enim ex *antipathia*, sive ex *transmigratione Spiritus inimicitiae* ab occiso in occisorem sive ex *miraculo* nexum repetas, una caussa non majorem quam altera certitudinem habet, adeoque

praestat in rebus, quae ultra captum judicis sunt, potius abstinere, quam temeritatis notam incurrere. Late in caussas hujus argumenti inquirit Froman *de fascin. Lib.* II. *c.*IV. Sed oppugnarunt eas Oldenkop. *Tit.* II. *Obs.* II. Feldman *de cadav. insp. c.* XCV. Kirchmaier *de cruent. cadav.*

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 69.

De absurdis magiae indiciis remissive.

Quae de indiciis magiae circumferuntur, tam taediosa sunt, ut de iis verba facere, merito ambigam. Quam diu enim *corpus delicti*, et quaestio *an detur magia*? utrum *Diabolus* cum hominibus *immediate* paciscatur, vel concumbat? ad liquidam non perducitur, omne omnino studium de indiciis praetensi criminis est frustraneum. Conferantur interim, qui hoc augiae stabulum satis mihi purgasse videntur. de Coccej. *de fallac. crim. indic.* Bodin. *de fallac. mag. indic. B.* Thomasius *de crim. magiae.* Wahrlieb *von der Hexerey* Maurit. *de denun. sagar.* Oldek. *T.* IV. *Obs.* XIV. Omnium plenissime vero Jacob. Brunnem. *discours von der Zauberey*, Kress. *ad art.* XLIV. *C. C. C.* In specie de superstitiosa sagarum probatione per *aquam frigidam* et *stateram* dixi in *El. jurisprud. crim. S.* I. §. CXCIV. *in not.*

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 72.

Fragile incendii indicium.

Praeparatio artificiosa instrumentorum ad *urendum* aptorum, in se indifferens est, nec aliter huc referri potest, quam si suspecta ratione, hoc est *clam* fiat, et *indole* ipsius *rei* convalidetur. Nam si *palam*, vel ab homine *bonae* indolis suscipitur, non magis quam alia res indifferens, quae flammam gignere potest, doli praesumtionem conjunctam habet. Interim recte ea, quae de *artificiosa* machinarum praeparatione continet art. *cit.* XLI. *C. C. C.* ad sectam *famosorum* incendiariorum, et *vagabundorum* restringunt Kress. *ad cit. art. in. f.* Leys. *sp.* DXLI. *Med.* II. quia huic *tale* vitae genus caussam sufficientem, cujuscunque, etiam ignoti aedes flammis subjiciendi, subministrat, et fundamentum *speciale* concludendi ad auctorem praesentis facinoris continet. Ut ergo in concivem, excitato incendio, suspicio cadere debeat, *motivum speciale* adesse oportet, quod eum ad praesens facinus trahere potuit, quorsum odium, inimicitiam, in specie minas refero, sine quibus omnis omnino suspicio hujus criminis inanis, et ita comparata est, ut a defensoribus, ob defectum *rationis* sufficientis, facillime elidi possit.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXXII. N. 83.

Proditionis privatae argumenta. Art. XLI. *restituitur. Quid proditionem publicam arguat?*

P*rodere* in sensu generali nihil aliud est, quam arcana nocendi caussa propalare, eoque sensu vulgo scripturae, in quibus arcana continentur, crimina, quae hactenus occulta fuerunt, prodi et manifestari dicuntur. Hanc notionem si transferre ad personas, habes proditionem *personarum*, sin ad res, fundos, arces, patrimonium, proditionem *rerum*, utramque factam ei, qui tertio aegre vult, et *hostili* consilio contra eum animatus est. Et olim quidem arma conserere vel vindictam privatam exercere licitum erat, si id aperto marte fieret, contra parum honestum audiebat, *clanculum*, et per insidias in alterum debachari, quasi candor et rationabilis fortitudo majoribus propria, cum artibus subdolis, ac clanculariis subsistere non posset. Multo magis turpe erat *tertium* hostibus per astum tradere, vel ejus arcana magni momenti pandere, et hoc modo efficere, ut incauto vis, vel injuria fiat. Ad hanc proditionem pertinent indicia, quae hic secundum verba *Art.* XLI. *C. C. C.* sed male explicat Auctor, et cum eo Goblerus, Froelich *P.* II. *pag.* 99. *N.* XVII. Quae enim suspicio? visum esse penes proditum, ejusque amicitiam dissimulare, cum hostibus autem nullum commercium habuisse. Hujusmodi vivendi ratio tunc solum suspicionem alit, si cum male feriatis *clam* exercetur, sed *palam* dissimulatur, et tamen incautum in manus hostium incidisse, constat. Contra illa, quae cum proditio, licet sub quadam specie metus suscipitur, in relatione ad ipsam proditionem ne minimum quidem nexum, unde suspicio *sinistra* capi posset, suggerit. Unde textum de *collusione* cum *hostibus*; qui nocuerunt, et simulato eorum timore, accipiunt. Remus, Clasen, Ludovici, Beyer, Kress. Granz. *c. l. c.* V. *M.* II. *S.* III. *N.* CCXXIV. mendumque in lege ipsa agnoscunt. Nimirum verba in *singulari* posita *bey denjenigen den er et c.* et proxime sequentia *vor denselben unsicher*, ad *proditum* pertinentia pomum eridos constituunt. Longe clarior est dispositio constitutionis *Bambergensis*, in qua loco priorum dicitur *bey den Tabtern*, loco posteriorum substituitur *vor den Feinden*, eaque circumscriptio totidem verbis repetita in *Brandenburgica de Anno* MDLXXXII. *Art.* XLII. certissimo signo, in Carolina mendum irrepsisse, verbaque in plurali *bey denenselben*, item, *vor dieselben* esse substituenda, tum ut nexum praesenti judicio concilient, tum ut planioribus vocabulis, antea relatis, respondeant. Hodie, ubi vindicta privata post restitutam pacem P. prorsus sublata, non tam frequens quidem, semper tamen criminosa est proditio, in perniciem alterius facta, adeoque indicium hoc usum suum habere potest, si incautum in manus hostium incidisse, cum his autem quendam dicto modo latenter coivisse, constat. Quaerunt interpretes de proditione publica, num ex suspecto

litterarum commercio cum hostibus colligatur? Affirmat DE COCCEJ. *de fallac. crim. indic.* §. XXI. sed non sine omni temperamento. Addit enim limitationem: si ipse litteras resignavit, nec superiori tentatum commercium indicavit. Neque enim sola *existentia* litterarum, maxime tum, quam nondum perlatae, aut acceptatae, sinistri quid in persona ejus, ad quam directae, alit, quum *hostibus* proprium sit hoc stratagema, ut quos timent, et sibi impedimento esse judicant, viros integerrimos, ejusmodi litteris sollicitent, illos apud *suos* suspectos reddant, sibique hoc modo viam praeparent, intentas machinationes tanto securius exequendi. Alia publicae proditionis indicia habet FRÖLIH. *cit. l.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXIII. N. 20.

Vitium confessionis quomodo supervenientibus indiciis diluatur?

Si ex Brocardicis, tanquam ex tripode, respondendum, vel cortici verborum *Art.* XX. *C. C. C.* inhaerendum, doctrina Auctoris tam evidens esse videtur, ut nullam admittat exceptionem. Ex mea quidem sententia duas quaestiones miscuit Auctor. Alia est, an talis tortura, et per eam elicita confessio sit *ipso jure* nulla, alia, an legitimorum judiciorum *supervenientium* et cum eisdem *connexae* confessionis, vim *probandi* impediat, efficiatque, ne reus poenam ordinariam sustinere queat? ceu recte notat TITIUS *ad Lauterb. Obs.* CCCLXXI. De *priori*, quin affirmetur, nullum superest dubium; *posterior* vero secundum principia jurisprudentiae universalis temere admitti nequit. Equidem TABOR *de tort. p.* 113. eo casu, quo post supervenientia indicia *iterata* confessio rei subsequitur, vitium praecedens *purgari*, et ex hac *nova* rei responsione sufficientem vim probandi peti posse, dudum docui. Sed idem quoque dicendum puto, etsi misera illa repetitio examinis non accesserit, dummodo reum non revocasse, nec animi inconstantis signum edidisse, constiterit, quamvis vix credibile sit, judicem hoc casu ratificationem praemissae confessionis denuo sine ambagibus omissurum esse. Interim cum *naturalis* ratio de salute reorum sollicita in processu criminali regulam ab Auctore propositam non improbet, quin potius in *dubio* confirmet, non *quaevis* indicia postea accessisse, satis est, sed talia requirenda, quae, si ab initio adfuissent, ipsam torturam legitimassent, quaeque ipsis circumstantiis confitendo expositis, accurate respondet, ita, ut jam velut ex *sensu communi*, et inspectione oculari, habita secundum *Art.* LIV. *C. C. C.* inquisitione, de veritate *juridica* delicti satis constet. Pertinet itaque, quod dixi, non ad regulam, sed ad meram, et talem *exceptionem*, cui facti *evidentia* inest. Regulae processus; de quarum transgressione hic agitur quantacunque specie se commendant, non ejus efficaciae sunt, ut justam ac rationabilem *exceptionem* excludant, aut vicem unici medii, pro obtinendo fine sustineant. Eo itaque quomodocunque obtento, quae in illis *boni ordinis* caussa suppeditantur, facilius negligi pos-

sunt, adeoque verissime scribit Kress. *ad Artic.* XX. regulas processus esse merum *decorum*, meras *solemnitates* intuitu verorum *nocentium*, nec earum omissionem aliter, quam intuitu *innocentium* injuriam sapere. Suggerit haec omnia ipsa *jurisprudentia* criminalis, in hoc a nuda legum criminalium *scientia* discrepans, quod non subsistat in sola *cognitione* ejus, quod in usum judicii criminalis ordinarie praescriptum, sed in *cauta*, ac rectae rationi conformi *applicatione* sese exerat, et *arbitrium* judicis instruat, secundum quod is judicare debet, quid ex regulis illis pro veritate facti eruenda in casu *singulari* retinere, aut quid parum necessarium, sibi opinetur.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXIII. N. 41.

Indicium proximum per aggregationem circumstantiarum consentientium.

Quae Auctor disputat in meram *legomachiam* abeunt, et a notione *indicii* unice dependet. Qui illud pro quavis *circumstantia* suspecta accipiunt, *proximi* indicii appellationem, quae sine *summa* verisimilitudine concipi nequit, vix probare, aut *unam* circumstantiam pro indicio *proximo* habere queunt, quum ex *consensu* plurium circumstantiarum omnis verisimilitudo dependat, *singulae* eamdem efficaciam non producant, et sic *hoc sensu* verum sit quod Bejerus *P.* II. *ad Art.* XXIII. scripsit, *nullum indicium, quantumcunque sit, absque aliis adminiculis ad torturam sufficere.* Qui vero indicium *argumentum* esse asserunt, et proximum pro *summa* verisimilitudine *in genere* interpretantur, unum indicium proximum admittere possunt, idque vocant *indicium per aggregationem circumstantiarum consentientium, conf. Qu.* CXX. *Obs.* I.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXIII. N. 60.

Semiplena probatio indicii ad torturam non gravat. Heilsius notatur.

Contingit aliquando, ut nexus circumstantiarum et adminiculorum aliunde satis certus sit, quo casu ne quidem *testium* habilitas attenditur, ut ipsa *Carolina* probat, quae nominationem *socii* criminis *qualificatam* proximo argumento accenset, licet nec *numerus* testium, nec *habilitas* concurrat. Extra hanc speciem Auctori in regula assentior, ut jam supra *Qu.* CXXI. *Obs.* II. docui. Neque tradita Auctoris *N.* LIX ex ratione sufficiente impugnat Heils. *de proc. inq. C.* IV. §. VII. quasi unius testis effatum ad *purgatorium* pertineat, territio autem species torturae sit, adeoque doctrina Auctoris unice ad casum, quo ob *corporis* conditionem in delicto graviori quaestio exulat, vel alias ob *animi* levitatem purgatorium tuto decerni nequit, restringi deceat. Enim vero hypothesis, quod *territio* sit species *torturae*, et eadem indicia quae tortura desi-

derat, propter *distinctum* in utraque reconditum praejudicium manifeste claudicat, tum praeterea usus purgatorii, ac territionis, iisdem *fere* principiis nititur, et alterutrius applicatio secundum conditionem externam vel indolem internam *personarum*, prout infimi, vel honestioris ordinis, bonae vel malae indolis fuerint, in casu indicii semiplene probati variat.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXIII. N. 69.

Modus elidendi indicia. Collisio indiciorum.

Pertinent haec ad *defensionem* reorum, quae ad declinandam torturam tribus modis absolvitur. I. si reus ostendit, *singulas* circumstantias sibi obmotas cum veritate pugnare, quum ex *falsis* praemissis vera ac probabilis conclusio trahi nequeat. II. Si circumstantiis *contrarias* praesumtiones opponit. III. Si momentis gravantibus tantam *concludendi* vim non inesse docet, quanta ad torturam desideratur. In specie circa alterum modum plures difficultates sese exerunt, si de applicatione ad casus *speciales* quaestio emergit, quum infinita circumstantiarum, quarum minima factum variat, mixtura, semper dubia, eaque gravissima suggerit, quibus occurrendis exactissimo indicio opus est. In genere hic notasse juvabit: In *collisione* praesumtionum, *fortiorem* elidere *debiliorem*, adeoque praesumtionibus *specialibus* vel ex facto praesente, vel ex conditione *personae* ejus, qui in jus vocatur, desumptis, semper cedere *generales*, sive bonae, sive malae fuerint. Etsi enim favor defensionis insignis sit, non eo usque tamen se extendit, ut ad ejus usum practicum *generales*, eaeque fallaces praesumptiones sufficiant, contra eum, qui facto ipso se de delicto suspectum reddidit. Optimum tamen et praesentissimum judici praesidium in concursu *aequalium* praesumtionem est, ut in dubio pronior sit ad ferendam sententiam *mitiorem*, quamvis negandum non sit, etiam hic nodum Gordium latere, et tum circa *electionem* mitiorum remediorum judicem saepe anxium haerere, tum *repraesentationem* indiciorum in animis judicum admodum variare, et efficere, ut, quae argumenta dubii eventus *uni* apparent, *alterum* turbent nec quidquam, adeoque tota salus reorum a *ratiocinatione* sive vera, sive affectibus turbata ejus qui quaesitoris, et judicis munere fungitur, ultimo dependeat.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXIV. N. 19.

Quis ordo in torquendis pluribus ejusdem delicti Sociis.

Ordinis in torquendis pluribus delicti *sociis* ratio unice in spe *felicioris* indagationis delicti quaerenda. Quumque vel *corporis* imbecillitas, vel *affectuum* excitatio spem finis obtinendi multis modis acceleret, non inepte harum circumstantiarum, ut Auctor variis exemplis docet, ratio habetur. Quia vero communis illa suspicio pro variis subjectorum conditionibus mirifice variat, et in specie id momentum, quod a movendis *affectibus* mutuatur in hominibus, omnem humanitatis sensum ejurantibus, si non *falsum* certe *lubricum* est; multum utique arbitrio judicis dandum, ut I.) singulorum *sociorum* propriam indolem expicetur, et secundum illam quis *primo*, quis *ultimo* loco quaestioni subiiciendus, definiat. II.) inter delicta, quae humana *imbecillitas* producit, uti sunt delicta *carnis, falsa moneta*, pleraque *homicidia*, inconsulto calore suscipi solita, et quorum mentis *improbitas* individulsus comes est, quorsum *furtum, homicidia qualificata* pertinent, distinguat, et in ibi quidem illis, qui in numerum reorum relati, tanquam subjectis melioris indolis, non aeque in his tanquam prorsus deperditis, nimis velificetur, vid WILDVOGEL *de arbitrio judicis circa torturam*. Speciosior ratio a gravitate indiciorum, quae in uno magis, quam in altero conspicitur, repetenda, quum quo *acerbiores* alterutri cruciatus imminent, eo minus eum tormentis perfuncturum esse, credibile, adeoque conveniens utique sit, eum *primo* loco tortori exhibere. Qui singularis et nova ratio suffragatur, dum post confessionem proprii delicti, et secutam sociorum *nominationem* hi multo fortius gravantur, et sic ob imminentem graviorem torturam suo tempore veritatem fateri sub certiori spe censetur FROELICH, *P.* I. *pag.* 229. Quod si nullius suspicio inter plures *emineat*, executio abscisse ad *arbitrium* judicis redit, non modo si delictum a *pluribus* simul, verum etiam si ab eorum *alterutro* tantum committi potuit, ut in homicidio contingit. Quae enim dubia posteriori casu a nonnullis moventur, quasi durum sit, super facto *alieno* aliquem excruciare, levia sunt, quam ut omnem torturae usum tum exulem fore evincat, quia sociorum singuli de consumatione, tanquam super facto *proprio* torquentur, et praeterea ipsi in *culpa* sunt, quod ob scelestam factionem cruciatus sibi contraxerint, quae sola ratio, monente Imperatore *art.* LXI *C. C. C.* judicem excusat, reorum vero, tametsi vere *innocentes* sunt, sed torturam sustinuerunt, querelis repellendis sufficit. Dissentit BERGER. *El. crim. P.* II. *Obs.* CXXI.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXIV. N. 25.

Divisio torturae reprobata. Princeps eam ob singulares circumstantias imperare potest. Tempus intra quod durant cruciatus. Barthio satisfit.

Ad *modum* in tortura tenendum potissimum pertinet, quod *sectio*, ac *divisio* instrumentorum in executione illicita, et crudelitati proxima habeatur. Ipsa sententia species cruciatuum ex more hodierno sub certo *ordine* determinat, qui adeo *stricti juris* est, ut executor nec hunc invertere, nec aliis instrumentis uti, nec durius, aut lenius, quam *tenor sententiae* permittit, procedere possit, ceu omnes fatentur. Cur ergo majus arbitrium circa *sectionem* sibi datum esse arbitrabitur, quam *tenor* sententiae non continet, *ratio recta* vero, licet sententia non obstet, detestatur? Hoc enim expeditum est, dolores sequenti die semper fieri *acerbiores*, reumque in eam conditionem collocari, ut admissis novis cruciatibus, iis praeferendis delinquens vix par futurus, et sic ipse actus torturae in *lanienam* irrationalem, ac *saevitiam*, quam leges criminales ubique horrent, degeneraturus sit. Sola itaque *recta ratio* sufficiens argumentum contra talem divisionem subministrat, cui *implicite* suffragatur *art.* LVIII. ut *speciali* lege prohibitiva, quam urget Leyserus *sp.* DCXXXVIII. *M.* VII. et ob ejus defectum divisionem torturae admittit, opus non sit. Fatentur *aequitatem* hujus sententiae Lynker *Dec.* CCLXV. et Granz. *P.* I, *p.* 589. Conciol. *Resol. crim.* XII. cujus efficacia mihi tanti videtur, ut non modo *judicem* dividentem ob talem excessum *animadversionem* haud effugere, sed ipsam quoque rei confessionem, si de evidentia facti aliunde non constat, manifeste *nullitate* laborare, crederem. Nulla fortior ratio torturae temperamentum jubet; quam quae a *humanitate* et imminente *crudelitate*, cumque ea connexa *lubricitate*, mutuatur. Utramque in tortura per *intervalla* applicata, negare velle, idem foret ac Soli lumen in dubium vocare. Consentit Bluml. *ad Art.* LVIII. *C. C. C. N.* I. Major *imperantis* ea in re est potestas, qui non nunquam ex justa caussa dispensare, ac judici hanc methodum indulgere potest, contra homines *induratos*, et torturam ordinariam saepius perpessos, quale exemplum suggerit colluvies forum *Cellensium*, de quibus prodiit scriptum sub titulo, *Denkmahl der göttlichen Regierung wegen geschehener Entwendung der güldenen Taffel in Lüneburg*. Quae circa modum torturae commentatus sum, etiam quoad *temporis* spatium, intra quod cruciatus durant, observanda, quandoquidem etiam circa hoc commissus *excessus* vires humanas excedere, et sic in saevitiam abire potest. Jus commune certum non definit *tempus*, sed usus forensis *horae* spatium ad integram torturam, seu quoties per *omnes* gradus eundum, destinavit, et sic gradum primum ac secundum breviori spatio includere solet Wildvogel *de arbitr. jud. circ. tort. C.* VI. § IV. Si quid

conjicio, origo hujus intervalli, non uti vulgo creditur, in fori *Saxonici* observantia, sed in *Bulla* LVIII. Pauli III. quam exhibet Bullarium magnum *P.* I. quaerenda, quae diserte reum ultra *horae* spatium detineri, vetat, quod exemplum, humanitati convenientissimum, postea fora *secularia* adoptasse videntur. Interim etiam hujus temporis extensionem et restrictionem moderatur *conditio* rei *externa*, ut judex sine violatione justitiae modo *durior*, interum *lenior* esse possit, ceu ea, quae cum colluvie famosa furum *Cellensium* gesta sunt, docent. Neque aliud inferunt, quae obmovit Barth. *Hodoget. forens. p.* 966. quod pro numero indiciorum interrogatoria augenda sint, reusque desuper examinandus veniat, adeoque *certo* temporis spatio responsiones includi non possint. Nam aliud est spatium, quod ad integrum *examen*, relaxatis tormentis suspiciendum, aliud quod ad ipsam *carnificinam* necessarium. De hoc, non illo, in praesenti unice quaestio est.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXIV. N. 39.

Responsio inter tormentorum dolores edita non prorsus rejicienda.

R*esponsio*, et *interrogatio* sunt correlata: si ergo prior inter tormentorum dolores facta fieri nequit, non potest non idem circa *interrogationem* obtinere, eaque improbari, quoties a judice durantibus cruciatibus suscepta. Quaestionem intelligo *specialem*, quae propositione *interrogatoriorum* absolvitur, non generalem, qua reum in equuleo pendentem instanter monere judex potest, et tenetur, v. c. *ob er nicht bekennen wolle? er solle die Wahrheit sagen*, quo restringenda videntur verba *des Gefragten* in *Art.* LVIII. *C. C. C.* Neque tamen quaedam interrogatoria sigillatim reo inter suspiria proponere adeo absurdum est, modo talia fuerint, quae is facile comprehendere potest, quaeque *diligentem idearum comparationem et meditationem* longiorem non requirunt: v. c. *wer zu erst den Degen ergriffen? ob er nicht bekennen wolle, dass er den Entleibten vor die Brust gestossen?* Ast promiscue *omnia* interrogatoria successiva reo medios inter cruciatus ad exigendam responsionem proponere, hoc ipsum est, quod legibus parum convenienter fit. Nam his possunt, et solent inesse circumstantiae, quae sine *accurata* meditatione percipi nequeunt, quam turbatus, et dolorum multitudine hinc inde distractus mentis status, ultro prohibet. In alia omnia ivit *Auctor dissert. de relax. torment. in act. conf.* praeside Leysero, et justitiam interrogationis cujuscunque *durantibus* doloribus propugnavit, sed parum felici successu. Quid enim sibi vult ab eo allegata ratio; quod reus sine speciali interrogatione *certam* confessionem promittere, aut secundum voluntatem *judicis* conficere nequeat? Quasi vero reus, cui cum tempore *publicatae* sententiae quaestiones *sigillatim* proponuntur, tum in loco *judicii* repetuntur, demum in loco *executioni* destinato saepe, et iterata vice praelegi solent, ob *multiplex* praemissum examen earum ignarus sit, et sic nova informatione ac delibe-

ratione, utrum salva conscientia ad eas affirmando, vel negando respondere possit, opus habeat? Non multo aliter de hac quaestione nuper judicavit, et mores Saxoniae contrarios taxavit HOMEL, *de reo sub torment. special. non interrog*. Quid vero, si nihilominus judex hujusmodi interrogationibus reum fatigaverit, an ideo nullitas in processu metuenda? Negative respondet KRESS. *ad Art.* LVIII, §. XIV. *C. C. C.* caussatus, poenam nullitatis ab Imperatore non praescribi, sine qua laborem frustrare velle, si modo, relaxatis tormentis, examen denuo repetatur, et tum Carolinae omnia convenienter fiant, temerarium foret. Addo, poenam *nullitatis* non aeque in *interrogationem*, ac in *responsionem* cadere: hanc quidem tanquam *fundamentum* sententiae damnatoriae proximum reo ratione futuri nocivam esse posse, et ideo a legibus non immerito damnari, illam vero, si responsio non sequitur, reo non praejudicare, sed solam *judicis* oscitantiam notare, sin sequitur confessio, processum non tam ob interrogationem, quam ob responsionem parum deliberatam, et lege Carolina improbatam corruere. Ita vero omnia, quae de hoc themate disputantur, huc redeunt, quod judex inter cruciatus interrogatoria proponens non tam *injuriose*, quam parum *convenienter* agat, nec ipsis quaestionibus *qua talibus* singulare vitium insit, dummodo responsio rei hoc tempore secuta, protocollo fuerit inserta.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXIV. N. 50.

Modus in interrogatoriis tenendus. Publicatio interrogatoriorum. Quid continere debeant?

Quantum intersit interrogatoria *rite* esse concepta, exinde apparet, quod ad illa responsio rei dirigatur, quae postea ipsam *sententiam* moderatur, adeo ut si huic aliquid iniqui inest, omnia ultimo ad tenorem *quaestionum* redeant. Communiter ab eo, qui *sententiam* super tortura, vel territione laturus est, concipiuntur, quibus judex actum torturae dirigens regulariter alia, nec *addit*, nec *detrabit*, sed pure exequitur sententiam sibi praescriptam. Quia vero is, cui aliquid committitur, super iis, *quae ad causam spectare noscuntur*, *plenariam potestatem* recipit, ut de commissariis ait Pontifex *C.* 5. X. *de offic. ac potest. jud. del.* non omne omnino arbitrium judici in *mutandis*, *addendis*, *demendisque* interrogatoriis ademtum, quin potius is recte officio suo fungitur, si, quod circumstantiae praesentis negotii suggerunt, et ad *veritatem* rite exquirendam, caussamque *plene* instruendam pertinere noscit, ipse supplet, quem in finem JCtos Helmstadienses clausulam: „ *vvozu nach* » *vorfallenden Umständem seiner* » *Aussage noch mehr Articul be-* » *yzufugen, so des Richters Gu-* » *tbefinden beim gestellet vvid*, nonnunquam sententiae annexisse refert LEYSER *Sp.* DCXXI. *M.* XII. Usum

hoc potissimum habet, si *plura* facta, cum insigni circumstantiarum mixtura subdolis rei artibus confusa, concurruntur, vel reus in loco carnificinae sua responsione *nova*, hactenus ignota, suggerit, et ita ipsa occasionem subministrat, quaestiones super aliis momentis, quae judex extraneus prospicere non potuit, multiplicandi. Interim illud, *super quo* interrogatoria concipienda, non levia subinde dubia suggerere solet judici, cujus est prospicere, ne quod *scitu* necessarium, omittat, neve *superflua* intermisceat, et sic numerum praeter necessitatem nec augeat, nec diminuat. Illud frequentis contingit ob vulgare, sed erroneum praejudicium, quod tortura propter momenta in examine articulato negata, quorum *plura* esse solent, sit comparata. Cogitare debebant, qui ita sentiunt, aliud esse facti circumstantias, ut vocant, *essentiales*, quae reatum augent, negare, aliud vicissim *earum* tantum confessionem defugere, quae *antecedunt*, vel *succedunt*, et sic mera *indicia* facti principalis constituunt. Ad *illum* casum pertinet regula allegata, non ad *hunc*, tum, quia indicia satis probata esse, omnino supponendum adeoque confessione eorum opus non est, tum quia fieri potest, ut harum allegatio *falsa*, ipsum delictum *verum sit*, reoque hoc confesso, judicis prorsus nihil intersit, scire, vera an falsa illa fuerint? In examine *articulato* aliud omnino obtinere, praxis docet. Ab hoc vero illud examen, quod immediate torturam procedit, multis modis differt. Ibi judex reum rationibus, admonitionibus et repraesentationibus ad confitendum persuadere gestit, adeoque opus habet *circuitu*, et propositione variarum *circumstantiarum*, quae animum rei flectere, et ad confessionem promovendam efficaces esse possunt. Has enim, si reus negare nequit, sed admittere cogitur, tanto magis a negatione facti *principalis*, ad quod se valde gravatum perspicit, retrahitur. Hic vero omnia ad vim et dolores redeunt, et judex id tantum agit, ut facta per vim contumacia, reum in ordinem cogat, cui fini obtinendo solae sine aliis ambagibus fidiculae, propositis quaestionibus facti essentialibus, sufficiunt. Neque tritum illud *superflua non nocent*, temere huc trahendum. Nam utique reo multiplicatio interrogatoriorum nocere potest, dum judex torturam dictatam *tamdiu* continuare tenetur, donec reus omnia interrogatoria sententiae annexa, plene confessus fuerit. Quod si ergo *factis veras circumstantias* confitetur, sed *judicia* quaedam interrogatoriis inserta ob earum *falsitatem* negat, facile contingere potest, ut is a judice, in officio suo explendo nimis curioso, praeter meritum excrucietur, cujusmodi excessus quovis modo praecavendus. Inde vero patet, rei, ejusque defensoris interesse, ut *tenorem* interrogatoriorum resciscat, et pro allegato solo hoc praejudicio eventualiter avertendo de salute sua sollicitus sit. Quid ergo, num interrogatoria cum ipsa sententia torturam minante ipsi sunt *publicanda*? *Negativam* defendunt Wernh. *P.* V. *Obs.* CXXIII. et Berger *ad Art.* LIV. *pos.* *C. C. C.* caussati, metuendum esset ne reo, mendacia, et falsas narrationes effingendi, via praeparetur. Verum hic metus tantum ad examen *articulatum* quadrat, in quo interrogatur super

indiciis, quorum admissione reus se onerare potest, non vero ad actum torturae pertinet, durante quo quaestiones super facto ipso, seu delicto proponuntur, ad quas *affirmando*, vel *negando* respondisse satis est, reum autem parum juvabit, utrum praemeditatus accedat, an non, ceu recte judicat, et publicationem interrogationum defendit Cl. Hommel *de caut. publ. sent. crim.* §. XIII. Accedit quod reus sub tormentis per rerum naturam de alia re, quam quae ex *antecedente* examine ipsi satis *cognita* est, interrogari non possit, adeoque quaestiones nullum *mysterium* contineant, contra quod praeparatio necessaria. Cui, si porro jungas ea, quae de eventuali praejudicio, reo in casu confessionis ipsius delicti, sed negatorum indiciorum, interrogatoriis forsan comprehensorum, imminente praemisi, veritas rei tanto evidentior erit, maxime quoties reus in casu, publicandae cum interrogatoriis sententiae, se veritatem facti *confessurum*, pollicetur. Quae hactenus circa irrelevantia interrogatoria reo suggessi, multo magis judicem instruunt, ut impetrata a reo contra dictatam torturam, nova *defensione*, licet causales ratione caussae *principalis* nullius momenti fuerint, sententiam latam quidem confirmare, sed *ex officio* quaestionis in excessu peccantes resecare, et ad justum factoque respondentem *numerum* reducere possit, quod communiter hac clausula sit: *jedoch ist bey.*

dem Verhör das, 5. 8. 10. 13. 14 *te Frage-Stucke gestalten Sachen nach, vveg zu lassen.*

Quando vero quaeritur, super quo interrogatoria concipienda? principio id quidem, quod de *facti* ipsius, et *indiciorum* differentia proposui, ante omnia in mentem revocandum, sed cum hoc temperamento, ut tales tantum quaestionibus inserantur circumstantiae, quae vel 1. *factum* vere alterant vel 2. criminis *societatem* tangunt; sine prioribus enim *judicium* circa *poenam* promeritam nunquam est *rectum;* sine posteriori non adest *plena* facti notitia, de qua, ut constet, judicis omnino interest. Inde judicio practico omnino opus, ad investigandum id, quod ejus delicti, de quo quaeritur, *propria* indoles in *genere* ad poenam desiderat, unde quaestiones *omnibus* ejusdem delicti inquisitionibus *communes* oriuntur, veluti in infanticidio: *ob Inquisitin ein Kind zur Welt gebohren? ob es gelebt? vvoran sie solches gemerket? ob und vvie sie Hand an dasselbige gelegt?* vel quod facti praesentis *speciales* circumstantiae suggerunt, unde quaestiones profluunt praesenti facto *propriae*, veluti, si de peculiari *genere* mortis, facto illicito, vel omissione caussato, reus inculpatur v. c. *ob sie das Kind nicht in den Bach-Offen gevvorffen, und nachher den Schvveinen zu fressen gegeben? ob sie es nicht aus der Nabel-Schur todt bluten lassen? ob sie es nicht in den Betten erstiket?* His oppono *accidentales* facti circumstantias, ratione quarum, utrum verae, an falsae fuerint, parum refert, quaeque nil quidquam continent, quod movere judicem posset, ut propter eas cruciatus decerneret.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXIV. N. 51.

Pertinentium interrogatoriorum multiplex significatus.

Pertinens interrogatio *multiplici* ratione dicitur. In genere 1.) huc pertinet, quae cum delicto, cujus caussa reus in jus vocatur, *connexa* est, eoque sensu *impertiens* audit, quae ad *alia* facta, quorum nomine nulla prorsus indicia concurrunt, prolata. Nec enim de ejusdem, multo minus diversi generis delictis, si eorum specialia indicia deficiunt, interrogare reum licet, praeter quam si, decreta super aliquo delicto tortura, hoc *incidenter* fit, et judex periculum facit, utrum hac occasione reum sub tormentis confitentem ad *alius* delicti, cujus leviores forsan sunt suspiciones, confessionem simul adigere queat. Unde formula: *vvobey Inquisit beyläuftig zu fragen.* De cujus quaestiones justitia eo minus dubitandum, quo minus de aliquo praejudicio reus queri potest, siquidem, si, *principali* delicto per confessionem verificato, is *incidens* delictum negaverit, tortura haud continuanda, sed in confessione acquiescendum, quod temperamentum agnoscunt, quotquot hanc torturam probant, *Ludov. proc. crim. C.* IX. § XXIV. Quare corruunt, quae ex meris principiis torturae *principali* propriis, in contrarium monet Oldek. *cont. Carpz. P.* II. *Qu.* IX. Praeterea II. *pertinens in* actu torturae vocatur, quae non tam *indicium*, quam *facti* principalis *circumstantias* comprehendit, ut paulo ante ostensum. Inprimis III. *pertinentia* quaestionum ex *indiciis* praecedentibus aestimanda, et ad solas facti circumstantias restringenda, ad quas reus *vere* gravatus est, eoque sensu *impertinentes* censentur, quibus circumstantia facti *praesentis* repugnant. Ut ecce: si de incendio vel homicidio culposo gravatus, et confessus super *dolo*, cui factum praesens forsan prorsus non convenit, interrogatur: *ob Inquisit den Entleibten nicht vorsetzlich getodtet.* Neque enim a culposo, ad dolosum valet consequentia talis, quae vim sufficientis indicii haberet. Neque sola voluntas *vulnerandi*, ubi omnia ad *lasciviam*, *jocum*, rem *ludricam* comparata esse constat, necessariam suspicionem *animi* occidendi infert, ut supra de homicidio evici.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXXIV. N. 63.

Inquisitio in veritatem circumstantiarum cum confessione allegatarum. Temperamentum hujus inquisitionis diversa delictorum permanentium et transeuntium natura suggerit. Falsitate reperta tortura iteranda. Quo gradu? Quid si mutatio status contigerit?

Fundamentum praesentis sanctionis, ut totus contextus docet, in principio quaerendum, secundum quod confessio delicti aeque, ut alia probatio, *luce meridiana clarior* esse, sine ea vero poena delicti prorsus

exulare debet. Jubet hoc evidentissima ratio, ne innocens, quod non meruit, supplicium experiatur, cui satis fieri aliter nequit, quam sollicito examine de eo, quod *confessione* continetur, instituto, qua de re elegantem exercitationem conscripsit Heineccius *de relig. judicant. circa reorum confess.* Dum veritatem factorum indagationi subjicit legislator *circumstantias* criminis *consumati*, intelligit, non ipsum *factum* delicti immediatum in se consideratum, quod *corpus delicti* audit. Hoc enim ante torturam, sub introitu processus criminalis liquidum esse debet. *Art.* VI *C. C. C.* Utrum vero reus id perfecerit, et ejus confessio veritati respondeat, ex *circumstantiarum* (una cum delicto enarratarum) veritate dependet, ut, quemadmodum *falsitate* horum reperta, ad reum falso de se confessum, recte concluditur; ita vice versa, circumstantiis post explorationem in *facto* deprehensis, delictum a reo *vere* commissum, ejusque confessionem *veram* esse, fortissimum argumentum strui possit Hoc ratiocinio utitur ipse Carolus V. tum hoc, tum *Art.* LVII. ibi: *nachdem der Grund peinlicher Frage drauf stehet*, tum denique *Art.* LX. Equidem secundum *Art.* XX. indicia reum gravantia fidem confessioni conciliasse dicuntur, usque adeo, ut sine his confessionis in ferenda sententia vix ratio habenda sit. Verum id non eo sine dispositum, ut hoc *solo* principio veritas reatus ad effectum *poenae* sustineri possit, sed ut tantum fundamentum adsit, reum super reatu in *tormentis* examinandi, de quo solummodo sollicitus est Imperator *cit. Art.* Quum vero hoc facto secuta confessio nihilominus *lubrica* maneat, nec tantam fidem, quanta a legibus pro imponendo supplicio exigitur, semper conjunctam habeat, et vel una facti species, quam refert Robert. *rer. judic.* LI. CIV. ostendat, quantum illa, quoties extra tormenta edita, multo magis, quae sub iisdem facta, judicem decipere possit, in innocentem grassandi. Summa utique ratione indagatio omnium a reo inter confitendum relatarum circumstantiarum, a judicio exigitur. Agnovit hancce justitiam Tertullianus, qui *ad Nat.* L. I. C. II. *soletis*, inquit, *inaccusatos et indefensos non temere condemnare, sed si de homicidia confutatur, non statim confesso eo nomen homicidiae, dispuncta causa est, aut satiata cognitio, quanquam confessis difficile creditis: verum insuper consequentia exigitis, quoties caedem egerit, quibus telis, quibus in locis, quibus spoliis, sociis, receptatoribus, nequid omnino mali hominis delitescat, aut desit aliquid instruendae ad sententiam veritati.* Quibus non obest, quod nemo in se ipsum injurius contra propriam salutem, delictum, semper malum aliquod annexum habens, confiteri praesumatur. Nam talis praesumtio de eo tantum praedicari potest, qui *sedato*, et *deliberato* animo loquitur, non quem quasi vinctum habent, aut huc vel illuc trahere solent mentis *perturbationes* in foro criminali saepissime emergentes, adeoque dignae, ut quantum ex illis in unaquaque causa quid occurrit, vel non, amore veritatis investigetur. Alios quippe status valetudinarius, vel delirans, taedium vitae, salutis desperatio, onus aeris alieni, reique familiaris angustia, valetudinis, adversae im-

patientia, alios iterum vitae aeternae intempestivum desiderium incitat ut connati sui ipsius amoris parum memores *fingat* delictum aliquod, cum suis circumstantiis, idque pure et contra omnem veritatem fateantur. Comprobant veritatem dictorum innumera, quae hodie obvia reorum exempla, et in nulla fere delicti specie frequentiora, quam in praesumto *infanticidio*, quod mulierculae, tam artificiose connexis circumstantiis, his, aut ter se commisisse, fatentur, diligentiori autem examine habito, malo hysterico laborare, et sola imaginatione ejus, quod vere non contingit, occoecatae deprehenduntur. Quo frequentiores itaque voces inanes habemus cognitas, eo impensius de removendis illis veritatis *impedimentis* laborandum. Eoque simul collimant leges civiles, quando a) confessiones reorum pro *exploratis facinoribus non haberi*, perhibent, *si nulla probatio religionem judicantis instruit*, aut b) quoties non *semper* ultroneis confessionibus fidem habendam esse, teste Ulpiano *l.* I. §. 17. *et fin. de quaest.* admonent. Suffragantur his denique rerum criminalium commentatores Guazzin *rer. crim. Def.* XXXII. *L.* II. Besold. *cons.* LIV. aliique.

Quae quum ita sint, judex operam dare tenetur, undequaque explorare, utrum id, quod de consumatione delicti *distincte* narratur, quoad omnes circumstantias *veritati* respondeat, ut constet, utrum confessio a veritate delicti repetenda, an illa ideo tantum facta, ut reus dolores, vel malum subterfugeret. Harum circumstantiarum quaedam incurrunt in *sensus*, quaedam ab *artis* peritia pendent; illarum investigationi inservit *inspectio ocularis*, examen *testium*, veluti si quis rem furtivam aut partum necatum alicubi se occultasse, apud aliquem cum spolio delituisse, ibidem res ablatas vendidisse, falsam monetam expendisse, partum adulterinum edidisse, asserit. De his vero consulendi in arte periti, qui, ut de vulneribus secundum rei confessionem illatis, veneni porrecti qualitate qua reus socium se interemisse asseverat, secundum regulas artis deponant, scriptumque testimonium ad acta offerant, necesse est, Brunnem. *de proc. crim. C* VIII. *M.* V. *N.* LXXXII. Temperat tamen Imperator istam investigationem verbis: *so viel zu Gewissheit der Wahrheit dienlich ist*, tum ut nimiam curiositatem, quae interdum magis obest, quam prodest, cohiberet, judicemque ne immoretur iis, quae delicti *poenam* nec augent, nec minuunt, nec ad majorem *certitudinem* reapse quid conferunt, admoneret, teste Clasenio *ad h. a. in f.* tum ut explorationem circumstantiarum paululum constringeret. Quaedam enim delicta vestigia relinquunt, et facti *permanentis* audiunt, quibus inspectio ocularis facillime inservit; quaedam facti *transeuntis* vocantur, et nulla *signa* relinquunt, quorum investigatio *difficillima* plerumque, saepe quoque *impossibilis* est. Unde hic subsistendum in eo *verisimilitudinis* gradu, quem indoles rei prodit, nexusque confessionis cum indiciis, reum gravantibus, confirmat. *Conf. N.* XV. Kress. *ad Art.* LV. *C. C. C.* ceu ordinarie in homicidiis, et paricidiis clanculum commissis contingit.

Hoc diligentiori examine habito, si circumstantiae in *facto* haud deprehenduntur, objurgandus de *mendacio* secundum mentem hujus articuli est reus, verbis seriis, et contumacia perdurante tandem *denuo* torquendus, ut veriora confiteatur. Quid? quod illusione post iteratam torturam rursus emergente, reus etiam ad *tertiam* raptari possit, si strictam juris rationem sequimur, nisi quod *prudentiae* regulae ab ea, quoties prima et secunda effectum sortiri non potuit, judicem merito avocent, et prohibeant, ne actum agat, quod utique metuendum in reo semel iterumque judicium responsionibus suis circumveniente, quo ipso fit, ut loco tertiae repetitionis in dubio ad *extraordinariam* poenam condemnandus sit. De gradu cruciatuum, et utrum *eidem*, quem antea expertus, an *asperiori*, sit suspiciendus, nil monet Imperator. Neque tamen ego dubito, quin tortura, quae antea gradum primum vix excessit, *intendi* possit, tum quod indicia reum gravantia nondum sint *elisa*, quod aliter quam superatis cruciatibus fieri nequit; tum quod reus enarrando circumstantias falsas *mendacio* se polluat, et ita suspiciones adversus se denuo se augeat. Stephani *ad h. Art. in fin.*

His inquam praeceptis constat praxis iteratae torturae in specie proposita. Non tamen excludendum pro intermittenda repetitione, prudens judicis arbitrium, ut is perpendat, an non facto *tertii*, vel alio casu circumstantiae indicatae mutari, in se autem *veritati* reapse convenire potuerint. Ubi quidem Beyero, Kressio et Lodovico *ad h. a.* facile concesserim, verisimilius statui, rem *furtivam* secundum confessionem in loco quodam occultatam, ab alio ceptam, vel *a sociis* re integra ablatam, quam, *infantem* humatum, cujus cadaver nemini *prodest*, e terra effossum esse. Interim non eo minus in hac posteriori specie *mutatio* contingere, rei confessio autem vera esse potest, ut aeque hic, ac ibi nonnunquam iteratio torturae quiescere debeat. Quid enim si in loco *omnium* usibus, imprimis vero *pecoribus, porcisque* exposito, terrae mandatus dicatur cadaver, ibidemque vestigia disjectae et convulsae terrae appareant? Nonne verisimiliter mutatio gregi pecorum tribuitur? Quid si *consanguinei*, vel *affines* infame supplicium rei incarcerati metuentes, imminens familiae dedecus translatione cadaveris antevertere, causamque hoc medio tantopere confundere tentaverint, modo ut ob defectum *Corporis delicti* tragicum supplicium, inscio reo, impedirent? His similibusque casibus, quoties reus confessioni tenaciter inhaeret et ejusmodi *mutati status* praesumtiones emergunt, non facile ad cruciatus denuo trahendus, sed potius ad dignum confessione sua *supplicium* condemnandus est, ne ob nimiam judicis curiositatem delictum impunitum maneat. Difficilior inquisitio est circa delicta facti *transeuntis*, quorum veritas ex *sola confessione* dependet, quaeque sua natura explorationem circumstantiarum quarum deest vestigium, non admittunt. Si Carpzovium audiamus *Qu.* CXXVI. *N.* XVI. reum sola extraordinaria poena affici oportet, quasi in summa corporis delicti incertitudine. Verum quemadmodum generatim in foro criminali *mathematica* veritas fru-

stra expectatur, judice Leysero *ad ff. Sp.* DLX. *M.* VI. V. *et verisimilitudo summa*, ubi natura delicti per se id suadet, omne omnino punctum fert, ita satius cum Kressio *ad art.* LV. *C. C. C.* ex nexu, seu *con*-et *disconvenientia* indiciorum, reum de delicto gravantium cum circumstantiis confessione elicitis, utrum et quatenus mox *poena* confessioni respondens, an vero *tortura* potius dictanda sit judicandum.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXV. N. 1.

Notio vocis, Urgicht.

Strictior significatus vocis, *Uhrgicht*, ad confessionem, tormentis extortam, referenda. Num vero ad *simplicem*, an tantum ad *ratificatam* pertineat, dubium. Posterius Clasenius *ad Art.* V. *N.* II. *CCC.* defendit, prius Barth. *Hodog for. pag.* 953. Si vim vocis considero, Clasenii opinio facile vincet, quum *Ur* tanquam particula *augmentum* denotans, significet *valde*, et sic *Urgic*, idem sit ac *seria* valde, et maxime *deliberata confessio*, qualis magis de *ratificata*, quam simplici tormentis extorta confessione capienda. *Gicht* vulgo confessionem involvere, asserunt a verbo vetusto *gichen*, ut ex Nodkero illustrat Wachter voce: *gichen*, eodem sensu, quo in *Spec. Svev. C.* CCXIX. dicitur, *und Gicht, er habe sienen Schub*, si confitentur se habere, in quem culpam transferat. Mallem tamen vocabulum latius accipere pro quacunque *assertione*. Nam nota appellatio *der gichtige Mund*, quae de *fama*, seu voce plurium capienda. Saltim in *Reformatione* Maximiliani *judicii Limpurgens.* quam exhibet Wehner *Obs. pract. lit. B. pag.* 50. inter species probandi crimen refertur: *gichtige Mund oder Leumuth*, et utraque tanquam Synonimon, contradistinguitur *der selbst Bekänntniss*, certo indicio, eam assertioni cuicunque, non *proprii* delicti confessioni cohaerere. Similiter *gichtig* idem quod publicum, manifestum sic enim inscribitur in *Cod. jur. Frisici: de Welke genen Bevveiss, brachen, dan allene gichtig vverden*, et paulo post, *vvair men ene Vrouve verkrechtiget dat se screyet of roopt, so lüde dat over Wapen Gerüchte folget, und dat Volck unde de Fraua und se reddet Wort, vvat eor dan gedaen is dat es yecht und oprubar.* apud Joannem Guilielm. *Hoffinan. Obs. jur. Germ. p.* 142.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXV. N. 8.

Sustentis tormentis reus definitive non ab instantia absolvitur. Potest tamen securitatis publicae caussa ad custodiam damnari.

Per hanc responsionem non usquequaque satisfit rationi dubitandi, quae a defectu exceptionis rei *judicatae* petita. Multo concinnius reponi potuisset, hanc esse naturam ejus exceptionis, ut, si ex *eadem* causalis pristina resuscitatur, illa tantum opponi possit, sin ex *nova*, et *diversa*, per se cesset. Atqui omnes quotquot exemplo Zangeri *c. l. et* Brun. *C.* IX. *N.* I. in ea haeresi sunt, ut non aliam quam absolutionem ab *instantia* hic subesse existiment, iterationem inquisitionis non ex iisdem, sed *novis* argumentis probant. Ergo nihil quidquam habent, quod eos cohibere potest ab admissione *definitivae* absolutionis, cui nunquam res judicata obstat, si ob *novas* caussas res ex integro agitur. Quod si reus, perpessa tortura, ab instantia tantum absolveretur, ea quae hactenus reum gravarunt indicia, semper *resuscitari*, et cum *novis* conjungi possent, quod indoles caussae *suspensae* exigit. Id vero ipse Brunnemannus reprobat dum iudicia omnia per torturam purgata esse asserit *C.* VIII. *M.* V. *N. f.* Tractat eamdem quaestionem Kress. *ad Artic.* CXCIX. *C. C. C.* §. II. et pro *definitiva* absolutione pugnat, novam vero inquisitionem ac probationem favore *rei publicae* ne delicta maneant impunita, defendit. Hac ratione tamen supersedere potuisset, si cogitasset, non *singulare* quid, ex favore demum *publico* repetendum, in caussis criminalibus occurrere, sed earum cum *civilibus* hanc esse caussam communem, in quibus contra juramentum purgatorium, quocum tortura paria jura habet, *probatio* semper admittitur, nec judicatum retractationem ex novis caussis impedit. Mediam sententiam, et modo *definitive*, modo ab *instantia* reum absolvendum esse tuetur Huber *ad ff. Tit. de quaest. N.* VIII. Sed refragante ratione juris, quae nunquam patitur, ex *eadem*, semel purgata caussa, reum rursus equuleo imponi. Rectius utique, et rationi juris convenienter sentiunt, qui abscisse reum toleratis a tota caussa absolvunt. Froel. *P.* I. *p.* 244. Neque interest, utrum processus *accusatoris*, an *inquisitorius* institutus, quum eadem ubique ratio, et indoles rei judicatae exceptionis sit, Gonzalez. *ad l.* 6. *de accus.* Hoc posito, reus toleratis fortiter tormentis regulariter dimittendus, libertatique restituendus. Alia quaestio est, an non *emigratio* ei tanquam civi improbo, et noxio, licet non convicto, injungi possit, quam non temere negaverim, motus *salute publica*, quae omnia media indulget ad praecavenda mala ratione futuri *moraliter* certa, inter quae hoc non minimum est, civitate alicui interdicere. Nam diversae *religionis* caussa id licet. Quid ni licebit, contra hominem *pessimae* notae et qui *philosophice*, licet non *juridice*, ex cumulo indiciorum de delicto dudum

convictus fuit. Hoc amplius, nonnunquam ob eundem metum reus absolutus in *ergastula*, seu ad perpetuos *carceres* condemnatur, ut exemplis illustrant Ludov. *proc. crim. C.* IX. §. XXV. Bodin. *de abus. tort.* §. XX. B. Parens *T.* II. *Cons.* MCCXI. hoc cum temperamento, ut carcer magis ad *custodiam*, quam poenam praeparetur, et sic reus paulo melioris conditionis sit, quam is, cui in poenae vicem carcer dictatur. Nonnunquam, sed cum simili praecautione ad *ergastula* condemnatur, in quibus: ne otio insordescat, ad labores, licet non tam *rigide*, adigitur, amissis *fustibus*, *virgis*, vel *cibariorum* tenuitate, contra *contumaces* damnatos tantum adhibendis. Ulterius progrediuntur Ant. Faber *in C.* L. IX. *Tit.* XXI. *def.* XV. *et* Barthius *de convict. non conf. C.* II. § II qui reum post tolerata fortiter tormenta poena *extraordinaria* affici posse existimant, quod non probo, quia posita absolutionis *definitivae* justitia, poena nullo praetextu defendi potest. Imo, quum id, quod de reo *securitatis* gratia custodiendo asserui, *extraordinarium* quid sit, circumstantias quoque *singulares*, et non quotidianas supponit, quales sunt, ut *gravissima* indicia contra tortum adfuerint, ipsum delictum *atrox*, reusque ejus *notae* sit, a quo verisimilier majus malum, post plenam restitutionem in libertatem, expectandum, extra quas circumstantias satius est, reum dimittere, et ab ergastulo abstinere. Magis dubium utrum ita pronunciare *judici* liceat, an vero *princeps* adeundus sit, ut is ex jure supremo utilitati publicae ita prospiciat? Posterius sensisse videtur Leyser *Sp.* DCXLI. *M.* XII. Ego prius solis *legibus* defendi posse putarem Nam ejusmodi pronunciandi methodum sola interpretatio per *aequitatem*, judici propria, sustinet, quae non in simplici *temperamento* justitiae consistit, sed in genere, ex justa caussa leges ita, ut *collisio* cum utilitate publica evitetur, applicari, jubet. Plane quam primum reus certa *emendationis* signa edit, suo tempore ex custodia in libertatem se vindicare potest, quem in finem condemnatio vel *indefinite* fit, vel si in *perpetuum* facta; nihilominus tanquam ex tacita conditione facilius a superiori *gratia* ei fieri potest. Et hactenus quidem de interesse publico. Similis inspectio est, quoties quaeritur, an non finito judicio criminali actio *civilis* locum habet? quod itidem affirmandum, quum caussae praejudicialis, qualis est criminalis, tractatio non impediat, quominus altera caussa in litem deducatur *l. f. C. de ordin. jud. l. un. C. quand. civ. act. crim. praejud.* Qua de caussa dominus rem furto vel rapina ablatam, probato postea rei *dominio*, non obstante, quod caussa criminalis finita, reusque absolutus sit, repetere, multo magis maritus ex causa adulterii a poena absolutus, judicium ad *divortium* institutum pati tenetur, quia hoc etiam ob *praesumtiones* adulterii, quae rationem factae fidei continent, valide decerni potest, pendent caussa criminali, multo magis ea finita. *C.* 12. X. *de praesunt.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXV. N. 26.

Plene convictus, toleratis licet cruciatibus, condemnandus.

Haec sententia sola humanitatis specie se commendat, ex rationibus *juris* defendi nequit. Secundum has enim in *convictum*, nullae aliae sunt partes judicis, quam *condemnationis*, nec apparet, cur facto solo judicis illicito legum observantia conquiescere debeat. Si is in decernenda tortura peccavit, id ipsi fraudi erit non *saluti* publicae, quae condignam delictorum pensationem desiderat. Peccat judex, et ea propter coërceri potest, tortura ipsa vero contra leges quippe et sic *nulliter* imposita, effectum legitimum producere, aut temperare promeritum supplicium nequit. Neque reus habet, quod adeo quaeratur, cui tanquam manifeste *contumaci* per tormenta nulla *injuria* facta, quique sibi imputare debet, quod talem se gesserit, in quem duros cruciatus decernere opus fuit, *arg. art.* LXI. verb *dann mann soll sich. etc.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXV. N. 46.

Iteratio torturae durante processu, vel post absolutoriam sententiam locum habet ob nova indicia, sed specie a prioribus distincta. Utrum evidentiora esse debeant?

Non tantum haec doctrina obtinet, si mox, et re adhuc integra gravata opinio, iterata vice reum opprimit, verum etiam, si diu post sententiam absolutoriam jam latam, reumque e carcerarum custodia dimissum emergit, quum ne quidem sententia *absolutoria* contra *nova* indicia effectum rei judicatae habeat et perpetuae veritatis regula sit, exceptionem rei judicatae cessare, quoties ex *diversa* prorsus caussa lis olim decisa, denuo agitatur. *Tot. Tit. de except. rei judic.* Berlichius *P.* I. *Dec.* XI. *N.* II. Ob. *c.* 6. X. *de accus.* in contrarium scripserit, cui plene satisfecit Leys. *ad ff. spec.* CCCCLXX. *Med.* IV. Quod si ex sententia eorum, qui cum Zangero *de quaest. C.* V. *N.* II. reum sustentis tormentis ab instantia absolvendum esse censent, judicandum, tanto minus iteratio processus et torturae dubio caret, quum per hanc caussa non tam decidatur, quam *suspendatur*, et sic semper iterata suscitatio locum habere possit. Sed nolo hunc errorem errare, probe gnarus, torturam cum indiciis insufficientibus, qualia in absolutione ob instantia supponuntur, pugnare, et *contradi-*

ctionem involvere; tormenta dictare ob indicia proxima, iis autem frustra applicatis, reum ex formula, *in Mangel hinlänglicher Anzeigung*, absolvere velle, quod utique fieri, deberet, si ab instantia tantum absolveretur. Rectius reus hoc casu sub formula: *von angestellter Inquisition*, absolvitur, et rei judicatae exceptionis haetenus fit particeps, ea vero non obstante ex aliis novisque caussis inquisitio ex integro agitur, et sic, quae processui criminali propria est tortura, *denuo* applicari potest. Probat hanc thesin non tantum ratio juris, verum non obscure confirmat *Art.* LVIII. *CCC.* licet verbis paulo generalioribus et indefinitis. *Die peinliche Frage soll nach Gelegenheit des Arg-Wohns der Persohn viel, offt, oder wenig, hart oder linder, nach Ermässigung eines guten vernünftigen Richters fürgenommen werden.* Consentiunt quoque rerum criminalium scriptores pragmatici, praeter Auctorem. *Brunnem. c. l. in f.* Farinac. *Qu.* XXXVIII. *N.* LXXXVIII. Gribn *de repet. torm. reo inficiante* §. IX.

Requiritur tamen 1.) ut indicia sint prorsus *nova*, hoc est, ab iis, quorum caussa prior tortura applicata, *specie* distincta. Priorum enim, utpote cruciatibus elisorum, nulla habetur ratio. Zangec *de quaest.* *C.* V. *N.* XII. Stephani *ad artic.* LVIII. *N.* XII. Blumlach *ad Artic.* LVIII. *N.* I. *C. C. C.* usque adeo, ut ne quidem eadem *novis probationibus*, testibusque instructa esse, sufficiat, quandoquidem his non obstantibus, *eadem* manent, quae antea fuerunt, et sic vim rei judicatae connexam habent. Oldek *T. IV.* *Obs.* XLIV. Fac, reum ob *confessionem extrajudicialem* delicti duobus testibus munitam, sed temere in judicio negatam, ad torturam condemnatum, in contumacia perstitisse, postea alios testes de eadem hac confessione deponere, eamdem juramento firmare; argumentum hoc casu emergens, idem illud erit, quod antea fuerat, nec ad *novum* indicium trahi poterit, quum aliud sit, novum indicium, aliud prioris novam probationem proferre. Praeterea eadem 2.) *per se* ad torturam sufficere h. e. *proxima* esse, et rarissime fallere debent. Quum enim prior tortura effectum suum producere debeat, et ideo ut dictum, antecedentia pro *elisis* habeantur, per se fluit, ea ne quidem cum novis *jungi* posse, adeoque nec eam probabilitatem sufficere, quae ex pristinis et novis, *conjunctim* sumtis alias tormenta producere apta est. Quia in re male ad *arbitrium judicis* ob *Art.* LVIII. provocat, et mediante hoc conjunctionem praecedentium legitimare tentat Leyser *sp.* DCXL. Hoc enim contra rationem *juris* ante allegatam non detorquendum, nec quam diu haec durat, sine nova legis dispositione in perniciem rei tantopere extendendum. Releganda itaque hic sunt indicia *remota*, nisi eorum tot proximi producunt, *arg. Art.* XXVII. *C. C. C.* Quidquid olim reo objectum, perinde, ac si nunquam contigisset, habendum, uniceque, utrum circumstantiae novae *plerumque* crimen, quod inde elicitur, inferant, et *rarissime* fallant, examinandum, quo demum reperto, sine injuria rei processus denuo inchoari, et cruciatus ex integro applicari possunt.

Utrum vero *evidentiora* pristinis indiciis esse debeant, non omnino expeditum est. Si in castra ZANGERI *C.* V. *N.* IV. RIVINI *de effect. confess. super. torment.* §. XXXII. GRIBNERI *de repert. torm. reo inficiante.* § IX. transeundum, utique majora, et fortiora esse debent. Provocant citati auctores ad *l.* 18. § 1. *de quaest.* cujus verba haec sunt: *reus evidentioribus argumentis oppressus, repeti in quaestionem potest maxime si in tormenta animum corpusque induravit.* Dubito autem, utrum inde theseos praecedentis veritas evinci possit. Evidentiora enim JCto non sunt *graviora*, sed illa ipsa, quae natura ac indoles torturae in *genere* requirit, et opponuntur *generalibus*, *levioribus*, seu, ut hodie loquimur *remotis*. Neque etiam ratio solida in contrarium allegari potest, quum, quod *sua natura* in aliis caussis salva justitia efficax, et ad excusandos diros cruciatus sufficit, non possit non idoneum esse, ad *repetitionem* eorumdem defendendam, quandoquidem repetitio est revera *nova tortura*, et solo nomine a priori differt. Multo magis vim faciunt verbis, qui evidentiora de *conjunctione* novorum cum *prioribus* cum LEYSERO *c. l. Med.* XVI. accipiunt, quia ista conjunctio rationi juris repugnant, ut antea obstensum. Neque CARPZOVIUS *c. l.* audiendus, qui simpliciter verba de *diversis* interpretatur recte notatus a BRUNNEMANNO *c. l.* dum inter diversitatem et evidentiam planum est discrimen, et sic praeter diversa, *proxima* indicia requiruntur. Equidem in his non subsistit, sed praeterea innocentiae praesumtionem, quae ex antecedente tortura oritur, in partes vocat, GRIBNER *loc. cit.* et cum *odio* repetendae quaestionis conjungit. Verum parum concludit innocentia, cui denuo argumenta eaque noviora, ut hic supponimus, obstant, quia ea unice intuitu *antecedentium*, non perpessam torturam *subsequentium* indiciorum allegari potest, et in praesenti specie *duo* indicia *proxima* concurrunt, quorum alterum priorem, alterum posteriorem torturam regit. Taceo praesumptionem, quae exantlatis cruciatibus pro reo militat, esse *generalem*, quae judicio proximo *speciali* supervenienti merito cedere debet. Omnium minime *odium* attentionem meretur, quod mere *imaginarium*, et non magis ad iteratam, quam primam torturam impediendam aptum est. Si quid odii iterationi vere inest, id sub nulla alia specie admitti potest, quam quod per multiplicationem facile in *excessum* abire potest. Is autem in praesenti specie eo minus metuendus, dum indicium proximum proximo succedit, et hoc ipso petulantia rei negantis, et torturam priorem eludentis non leviter firmatur; verisimilis *petulantia* autem *favorem* nullum meretur. Merae itaque petitiones principii sunt, quibus GRIBNERUS se commoveri passus est, ut contrariam sententiam defenderet, cui salus publica, et ratio promovendi vigorem disciplinae publicae contra praesumtivos legum violatores e diametro repugnat. Rectius in sola indicii novi *proximi* existentia subsistendum, nec quid amplius ad repetitionem tormentorum abscisse exigendum.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXV. N. 58.

Conditiones ad quas tertia tortura restringitur. Praestat potius poenam extraordinariam imponere.

Quanquam praesens distinctio jus *Saxonicum* paiat, obtinuit tamen fere ubique ejus in foris criminalibus agnitio, adeo ut parum absit, quin *usuali interpretatione* eam invectam esse, asserere liceat. Nimiam enim, non dicam crudelitatem, certe duritiem spirat, quod tot vicibus iteratur experimentum, quod, quo inhumanius, eo parcius tentandum. Imo in ipsis gravioribus criminibus non immerito *indiciorum*, et *modi*, quo prima et secunda tortura executioni data, ratio habetur, nec facile ad *tertiam* progressus fit, nisi *gravitas* indiciorum concurrat, et praeterea nec prima, nec altera tortura *plene* executioni data, sed reus mox sub dolorem primitiis confessus fuerit. Sin a tortore *acriter* prehensus, isque a plena executione parum abfuit, vix est ut tertia repetitio admittatur. Probant leges nostrae iterationem, *numerum* non determinant,supplet itaque eumdem *aequitas* naturalis. Collimant huc verba *Artic.* LVIII. *C. C. C. viel, offt*, quae, nescio, cur de *eadem* quaestione distinctis actibus pro circumstantiis intensa, vel temperata, interpretetur, non autem ad *successivas* torturas trahat Kress *ad c. Art.* § XVII. Neque enim de *unius* torturae executione disponere, ipsi animus fuit, sed potius regulam generalem, ad quam omnis exigi potest, tortura, tradere intendit, cui ista restrictio vix respondet. Multo minus audiendi, qui textum de solo *instrumentorum numero* coercendo accipiunt, qui, licet ad moderamen dubio procul pertineat, non *solus* tamen regulam, quam tradere voluit legislator, absolvit, quin potius haec inter alia repetitionem aeque comprehendit, observante Clasenio *eod.* Utcunque sit, ego nunquam judici auctor essem, ut post duplicem retractationem, confessionis extortae ad *tertiam* torturam progrediatur, quum valida in antecessum sit divinatio, eam non feliciorem exitum, quam priores habituram, et sic magis caussam implicaturam, quam explicaturam. Quam ob rem prudentiae regulae suggerunt, post alteram revocationem reum potius ad poenam *extraordinariam* damnare, quod ex *indiciis*, quae tertia tortura utique supponit, valide fieri potest.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 16.

Ratificatio quocunque metu justo praecedente necessaria. Ad torturam testium pertinet. Quid si contumax in non respondendo tortus?

Finis ratificationis est, ut de *seria* confitentis intentione, et inde dependente *veritate* assertionis judici constet. Quod, quum non modo indoles caussarum criminalium, tanquam arduarum, verum etiam ipsa fragilitas confessionis ob concurrentem *coactionem* requirat, non elonginquo *necessitas* ratificationis repetenda, licet verum sit, *glossam ad l. 2. C. quor. appellat.* primum eam probasse, et plurium JCtorum calculo assertam demum repetiisse Carolum V. Veritas confessionis maxima ex parte dependet a *seria* voluntate confitentis, cui tormentorum metus multum detrahit, perseverantia autem insigne pondus adjicit. *Tormentorum metus* ergo caussa ratificationis *proxima* est, non *quaelibet* suspicio animum perturbans, libertatemque restringens; ille enim semper caussam reddit dubiam, quia in reum constantem cadit, haec, quantacunque ejus vis fuerit, non eo usque se extendit, ut eapropter de spontaneitate et veritate, si cetera concurrunt, dubitandum sit. Unde nec Carolus ratificationem in *quacunque* enunciatione judiciali firmanda requirit, nec ratio legis eam *extendi* permittit, etsi Jure Tyrolensi ratificatio ad aliam spontaneam confessionem accedere debeat, Froel. *P.* I. *p.* 240. Haec principia si praemittimus, quidquid circa usum ratificationis definiendum, planum sit ac perspicuum. In specie hic notasse juvabit, 1.) ratificationem non ad *actuale* torturae experimentum restringendam, sed proferendam esse ad omnes species, quibus metus et comminatio tormentorum cohaeret. Froel. *P.* I. *p.* 239. quorsum eas confessiones refero, quae in *loco* torturae, antequam tortor manus reo injecit, imo quae in loco *judicii*, quoties sententia cruciatum cominatoria a judice solo publicatur, sit. Farinac. *Qu.* LXXIII. *N.* LXV. LXX. 2.) Non modo ad reum delictum confitentem, verum etiam ad *testem* sub fidiculis, quoties opus est, interrogatum trahendam, non obstante Carolina, quae *des Gefangen, der Missethat*, item *Bekenntniss Art.* LVI. *C. C. C.* meminit, sed de casu, qui *ut plurimum* contingit, loquitur, et ratione sua tam *late* patet, ut sine hujus violatione, assertionem testis tormentorum doloribus metuque extortam pro liquida et explorata habere nequeat, Tenzel *de tort. test.* §. XXI. 3.) eamdem etiam tum suo modo requiri, si, qui *respondere* recusat, hoc medio in ordinem coactus. Aut enim responsione sua data, delictum in examine *negavit*, aut *confessus* est; ibi ratificatio *superflua*, quin potius de mediis probandi secundum naturam negativae litis contestationis judex sollicitus est, hoc vero ex *accidente* tortura vicem medii ad eruendam veritatem directi subit, adeoque ab ea *perseverantia* abesse nequit, denique 4.) ipsam ratifica-

tionem fini suo conformem esse oportere, adeoque ubi verbis *ambiguis* facta, eamdem medicinam requiri, qua revocatione occurritur, ut Auctor *N.* LXXV. docet et *Obs.* V. egomet docebo.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 28.

Intervallum confessionis et ratificationis. Protractio et coarctatio ejus.

De *intervallo*, quodam servando, non adeo ambigendum. Ipso enim legislator ea in re auctor est, qui *biduum* requirit. Magis de *protrahendi* bidui facultatem a non nullis litigatur. Auctor noster *N.* XXVII. eam reprobat, cui adstipulatur Menke *ad ff. Tit. de quaest. p.* 687. ex rationibus magis ad prudentiam, quam jus pertinentibus, quibus eam, quam intra biduum a recenti, post illud a fluxa memoria confessionis ac doloris repetit, accenseo, quum tamen reum non ejus quod confessus est, sed quod commisit, recordari in actu ratificationis oporteat, ut recte docet Hommel *de ratif. conf. per tot. extort.* §. XIV. Facilius *coarctatio* probanda, veluti si reus praevia sola territione, vel post torturam quidem decretam, sed ipso publicationis sententiae *momento* confessus est, quum sensus dolorum, qui alias altero die ob metum turbataeque mentis perdurantiam ratificationem cohibet, hic non sit impedimento. Unde nulla me ratio movet a sententia Auctoris *N.* XXVI. qui biduum praescriptum non adeo stricte attendi debere, sed coarctari posse existimat, recedendi. Quidquid enim carolus verbis, *zum wenig sten übee den andern Tag* sanxit, ex ratione legis interpretationem capit, quae ad votum *spontaneam* confessionem procurandi redit, cui sufficit, nullum impedimentum a praesentia tortoris, vel duratione dolorum reo ratificanti injici. Cessante itaque liquido ratione legis, observantiam ejus ad *arbitrium judicis* redire oportet, qui sine vitio altero die ad ratificationem procedit, et suo jure *restrictiva*, quam omnes omnino leges probant, interpretatione utitur. Sed aliud visum Hommelio *cit. loc.* §. XII.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 32.

Ratificatio coram actuario non Notario.

Uti omnis confessio ad condemnationem idonea *judicialis esse* debet, ita ratificatio a sola *judicii* praesentia vim suam nanciscitur. Hujus membrum est *actuarius*, non praecise notarius, adeoque Imperator *des Gerichtschreibers* tantum mentionem facit, ut lis, quam nonnulli super quaestione, utrum coram notario ratificatio fieri debeat, movent, praeterquam in foris Saxoniae inanis fit, ceu Hommelius tale deduxit *c. l.* §. XXIX.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 36.

Confessio delicti etiam non capitalis ratificanda.

Restrictionem ad delicta *mortis* poenam conjunctam habentia non agnosco, nec eam agnoscit Carolus V. qui *indefinite* ratificationis necessitatem ad confirmandam criminis confessionem requisivit. Neque aliter suadet ratio juris, quae in quacunque, etiam *corporali* poena praejudicium, solo gradu distinctum, agnoscit, nec admittit, ut contra id temere quid definiatur, quoties circa *seriae* voluntatis elogium ex concurrente cruciatuum metu *dubium* rationabile superest. Unde rectius ratificatio toties locum habet, quoties secuta sub tormentis, vel eorum comminatione, confessio.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 38.

Differentia revocatae et emendatae confessionis. Repetitionis et continuationis torturae discrepantia.

Sed ante omnia opus, de notione *repetitionis* torturae, et *revocationis* factae confessionis convenire. Illa enim cum *continuatione* non raro confundi solet. Nec de hujus et *emendationis* discrepantia omnium eadem est sententia. Mihi *revocare* dicitur, qui, quod antea distincte *confessus* erat delictum postea *negat*; sive simpliciter, sive sub certis circumstantiis; sive post intervallum, sive in continenti, eodemque termino. Nihil enim agunt, qui hoc posteriori casu magis *emendationem*, quam revocationem, et variationem sibi imaginantur, ideo, quia quae in continenti fiunt, inesse videntur, ita rationes subducente Stephano *ad Art.* LVIII. *N.* V. *CCC.* Quid enim tempus intermedium revocationi addere, aut, detrahere poterit? Dependet illa tota, quanta est, a declaratione pristinae assertioni contraria, et sive emendetur, sive restringatur, sive prorsus negetur, confessio, reapse *tollitur* cum effectibus inde pendentibus. Et, qui discrimen hic fingunt, non tam quaestionis principalis caussa an tum iteranda sit tortura, id faciunt, quandoquidem iterationem *utroque* casu admittunt; quam ut *modum* repetitionis, ex quo vel omnes gradus repetendi, vel eorum tantum ratio habenda, quos nondum antea expertus est reus, hoc ipso definiunt. Solum Auctorem *Qu.* CXXVI. *N.* LXI. ibique allegatos excipio, qui ex nova et plane inaudita philosophia reum in casu emendationis prorsus absolvendum esse censet, eoque ipso male feritatis medium eluendi omnem confessionem legitime extortam subministrat, qua in re dicam ei scripsit Falkner *de reo variante. C.* V. §. VI. Ejusdem conditionis cum revocante is habetur, qui in termino ratificationis non *cathegorice* loquitur, verbisque ambiguis publicare malignam intentionem gestit, aut prorsus responsionem detrectat, et

sic dum utroque modo legitimam ratificationem effugere tentat, in eadem caussa est, ac si simpliciter *revocasset*, consequenter eodem modo denuo torquendus. KAYS. *Pr. crim. p.* 821. B. PARENS *de contumac. non respond. C.* II. §. *f.*

Per repetitionem torturae intelligo hic actum, quo judex reum indiciis gravatum sub variis cruciatibus, de dicenda veritate *denuo* interrogat, et a *primordiis* lanienam inchoat. Hanc notionem repetitioni in sensu forensi tribuere solemus, ipsa lege Carolina non obscure probatam, ita, ut quoties de ista repetitione torturae quid disponitur, talis subintelligatur, quam modo descripsi. Enim vero contingere potest, ut executione prioris torturae *interrupta*, reus denuo quidem tortori tradatur, sed omissis *gradibus* jam antea applicatis, tantum pergere jubeatur carnifex in cruciatibus in priori sententia comprehensis, hactenus vero non applicatis. Quem actum etsi in sensu *grammatico* recte dixeris repetitionem, tamen pragmatici *continuationem* vocant, et optimo jure a priore distinguunt, ob jura peculiaria eidem propria. Illa enim majores haec minoris praejudicii est, et prouti ex praejudicio reo imminente tota tortura aestimanda, ita hae species ab invicem sollicite sunt distinguendae. In illa pollicum compressio cum fidiculis, quibuscum actus torturae inchoatur, iterum iterumque applicatur; in hac ratio instrumentorum jam applicatorum non habetur, sed carnifex in eo gradu, in quo antea substitit, denuo continuat cruciatus.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 38.

Falsa confessio iteratam torturam operatur. Probatio falsitatis. Quid Irrsahl in cit. art. Num altera tortura intendenda, vel moderanda? Num nova indicia desiderentur? Quid si circumstantiae per confessionem firmatae mutatae?

Veritatem propositae doctrinae omnium maxime evincit, quam in fine hujus articuli ipse addit Imperator, restrictio, ex qua reum *justas caussas* revocationis allegare, et confessionis falsitatem demonstrare, permittit, mediante defensione *pro avertenda* ulteriori tortura, eam non permissurus, si *indistincte* cum revocatione iteratam torturam conjunxisset. Nititur autem ista exceptio summa aequitate. Si enim judex ex officio ob emergentes circumstantias, quae vel fundamentum prioris torturae destruunt, vel alias iterationi repugnant, a regula *cit. art.* proposita, substituto leniori remedio, ut antea dictum, recedere potest: omnium maxime reus audiendus quoties de ejusmodi caussis instruere judicem paratus est, quod ideo moneo, ut appareat, maximas nugas agere, qui cum GRAMMAT. *Cons. crim.* XL. *N.* XIX. *Par. de* PUTEO *de syndic. in verb. tortus. L.* I. *N.* XXIX. erroris allegationem et probationem prorsus reprobant. Fateor, plerumque in *fumum* abire defensiones reorum, hunc in finem

compositas, et saepissime hance indulgentiam *injustam moram* facere definitioni processus criminalis, eo, quod asylum in doloribus quaerunt, nec tamen verisimilibus rationibus innocentiae sese plerumque tueri possunt. Sed danda aliqua mora *innocentiae* probationi, tantopere privilegiatae et in casu *dubio*, ne clementiae regulae concidant, expectandum, quid istac defensione praestiturus sit reus. Quaenam autem sint caussae justae revocationis, specifice ob circumstantiarum variationem, et mixturam definiri nequit, sed plerumque ab *arbitrio* judicis pendet. Saltim articulus noster caussam specificam non refert, et frustra agunt, qui cum Brunnem *gründliche Anweisung zum Inquis. Process.* C. X. §. *pen.* praecise ad *dolorem*, vel cum Froelichio *in comment. ad C. C. C. Lib.* IV. *Tit.* III. *N.* IX. unice ad *terrorem*, vel cum Auctor nostro *c. l. N.* XLVIII. tantum ad *errorem* confitentis provocant, et occasione vocis: *Irrsallil* sibi dubia formant inania. Licet enim verbum isthoc errorem proprie notet, non ideo tamen, qui aliam substernunt explicationem, id negant, quin potius errorem ex dolore, vel terrore, velut suo principio repetunt, quia error non facilius obrepit, quam quoties ob impatientiam doloris, vel insignem terrorem, quis sibi *conscius* in responsionibus esse definit. Praeterea totus contextus docet, erroris hic allegati non aliam esse rationem, quam ut inde *mendacii* suspicio a revocatione removeatur, et de confessionis *falsitate* judici fides fiat. Hinc recte Griebnerus *cit. l.* §. XII. textum de *falsae confessionis persuasione* in genere capit, undequaque demum argumentum suasorium petatur, adeo ut etiam favore defensionis *verisimilia* argumenta hunc in finem admittat Froel *cit. l. N.* VIII. Falsam dico confessionem intuitu rei, qui hanc defensionem plerumque dirigit. Ut enim reapse falsa demonstretur, praecise opus non est, nec a Carolo praecipitur, qui potius in genere motiva ad judicem de confessione erronea persuadendum desiderat. Qua ratione mallem verba de *suspecta* confessione accipere, qualis est, quae, licet vera esse possit, tamen *inclinat* in falsitatem, ac non sine *specie* cum veritate pugnat, ut ex sequentibus apparet. Et doloris quidem caussam praetexere, deque ea judici fidem facere, omnium difficillimum est, nisi confessionem cum *possibilitate* pugnare reus verisimiliter ostenderit, uti in casu notabili JCtis Hallensibus olim oblato contigit, ubi reos monstrosam venerem cum equa se exercuisse in tormentis fassus erat, sed defensor confessionis revocationem his rationibus impugnat. *Weil* 1.) *Inquisit von kleiner Statur, die Stute hingegen ungleich hoher gewesen, und ohne einem Schemel er nicht hinan reichen können.* 2.) *die Stute zur Zeit der angeblich getriebenen Unzucht nicht rossig gewesen, mithin dergleichen, als Inquisit bekanntlich unternommen, dem Ansehen nicht gelitten haben kann.* Qui enim in ea caussa fuit, ut ad vas equinum penetrare non potuit, omnino immissionem membri, seminisque, mentitum fuisse oportet. Idem de *terrore* dicendum, cujus demonstratione defungitur, reus, quoties se tempore delicti *dormivisse*,

aut alio in loco fuisse probaverit. Granz. *de des. reor.* C. V. *M.* I. §. III. *Art.* IX. *p.* 621. Denique *error*, etsi in facto *proprio* vix probabilis sit, obrepere tamen potest, quoties, qui caedis in turba commissae bona fide se auctorem existimat, post institutam collationem vulneris cum telo falsa persuasione convincitur. Idem *N.* DCCVII. aut quem interrogatio judicis decepit, ut ipsius mentem non rite perceperit, et hoc modo contra propriam intentionem quid affirmaverit, qualem speciem refert *Idem P.* II. *p.* 124. Nam non tantum aequivoca, rerum etiam prodixiore, et captum rei superante quaestione, non nunquam confundi potest reus, ut h. f. falsa confiteatur, de quo judicum abusu non immeri: conqueritur Kress *h. a.* §. IV. Immo, quum confessionem suspectam fecisse sufficiat, plures aliae allegationes reo in tali specis prodesse poterunt, veluti si ad suggestionem judicis, *impunitatem* spondentis, facta confessio, Froel. *cit. l.N.* X. si *excessus* in torturae executione admissus, Bluml. *N.* V. quo probato, juramentum purgatorium in locum iteratae torturae surrogat Wernh. *P.* VII. *Obs.* CXXXIV.

Uti vero in his similibusque speciebus vix ratam torturae iterationem existimo; ita e contra illis cessantibus, vel non probatis, verbis articuli intrepide inhaereo. Ubi tamen denuo crucem interpretibus fixit quaestio, utrum absque *novis* indiciis ad hance repetitionem procurrendum sit? Mihi affirmativa omni dubio carere videtur, quia ipsi *revocationi* temerariae *novum* indicium inest, et mendacii suspicio eum non potest non sequi, qui gravatus, postea confessus, mox sui immemor, reatum declinare revocatione studet, quod certe ex *malitia* et metu poenae, sed contra *veritatem* rei factum censetur. Deinde antecedentia indicia, quae demum *sustentis* tormentis eliduntur, ob intercedentem confessionem, non fuere purgata. Quae ergo caussae antea ad eruendam per *torturam* veritatem sufficere credebantur, eadem quoque ad *iterationem* sufficiens fundamentum constituunt. Magis dubium, an nova tortura *intendi*, vel *remitti* debeat? Si Brunnemannum de *proc. inquis.* LVIII. *Num.* LXXXVIII. audis, potius gradus moderandus erit; si quoties novum indicium, ex praesumto mendacio desumtum spectas, intendi posse videtur. Neutrum temere admittendum, aut reiiciendum, sed *arbitrio* judicis relinquendum, quid aequitati pro diversis circumstantiis conveniens fuerit. Saltim in dubio cruciatibus ob solam *variationem* intendere non expedit, quamdiu malitiae, et temeritatis inter priores cruciatus fortissima haud emergunt momenta. Immo facilius in *remissionem* inclinabit judex, si reus antea satis fatigatus fuerit cruciatibus, vel alia circa priora indicia emergunt dubia. Inprimis circa iterationem videndum, utrum in continenti, an post temporis intervallum revocaverit? Illo casu potius cruciatus secundum tenorem sententiae prioris continuandi, quia quae eodem termino contra reum suscipientur, potius pro uno actu continuato habenda sunt, sive in *loco* torturae revocaverit, sive paulo post, ubi assessores judicii in loco judicii adhuc

commorantur, dum *terminus* adhuc durat, res adhuc *integra* est, et sic sine mora ad ulteriora fieri potest progressus, donec sententiae satisfactum. Vid. *Elem. jurispr. crim.* *S.* I. §. CCXI. Hoc vero, quum iteratio novam, eamque distinctam torturam producat, omnino juris esse credo, ut a pollicum compressione, non demum, uti Auctor *N.* LXVII. putat, a fidiculis fiat exordium, quandoquidem nulla ratio apparet, cur, quae prima vice ad primordia quaestionis relata, altera vice omittenda sint, ut recte contra Auctorem rationes subducit Falkner *de reo variant. p.* 30.

Posita ejusmodi *revocatione* transitus fit ad ulteriores cruciatus pro exquirenda veritate delicti, quam reus subvertit, judex autem ob vim indiciorum indagare potest, et tenetur. Summa ratione nititur ea sententia, si perpendo, cum voluntatem *legislatoris* expressam, tum circumstantiam torturae quoad gradum in *priori* sententia definitum, nondum consumatae, quae argumento est, indicia praecedentia hactenus non fuisse elisa, sed jus cum iis connexum, veritatem scilicet sub doloribus eruendi, adhuc salvum, ac illibatum existere. Quid? quod variatio rei confitentis, mox iterum revocantis *malam* caussam arguat, et mendacii suspicionem contineat, adeoque novum indicium adversus reum producat. Taceo, delicta alioquin impunita mansura, si reus in *revocatione* salutem quaerere, et hoc modo totum processum eludere posset. Beyer *ad Artic.* LVII. *Posit.* XVIII. Provocant plerique cum eodem praeterea ad *semiplenam* probationem sub confessione semel edita latitantem; sed perperam et forsan ex malo intellecto *Art.* XXX. qui de *extrajudiciali* confessione loquitur, quae multo *feriori* consilio editur, quam qualem de praesenti specie, ob saevos cruciatus valde *suspecta*, augurari licet. Quidquid tamen sit, magna cautione et prudentia in applicatione opus, ne sub praetextu *salutis* publicae favori reorum quidquam detrahatur, quod nonnunquam fieri posset, si antea proposita doctrina tam crude accipienda esset. Enim vero iteratio torturae ex variis circumstantiis, facta revocatione, recte suspenditur. Fac enim 1.) *indicia* quibus prior tortura innitebatur, per se non adeo *concludere*. Fac. 2) circumstantias paulum esse mutatas, detecta earum, quibus olim magna gravandi vis non sine ratione inesse credebatur, falsitate, vel indifferentia, per supervenientem *testium* inhabilitatem, aut revocationem. Haec et similia *notabilem* rationem, et *mutationem* continent, quae judicem movere potest, ut a tormentorum iteratione abstineat, et vel de *leviori* gradu, vel de solo *purgatorio* sollicitus sit, ut non diffitetur Griebner *c. l.* §. XIII. Quod enim ad primam speciem attinet, facillime contingere potest, ut incuria, aut imperitia ejus, qui olim sententiam tulit, indicia non concludentia pro proximis assumta, ex iisque tortura decreta, postea vero, dum super revocatione confessionis deliberatur, defectus in *nexu legali* deprehendatur, quo sane casu expedit, *errorem* potius corrigere, et loco iteratae torturae, tale medium eruendi decernere, quod ab initio indiciis tantum respondebat, et saepe pur-

gatorium non excedit, quo sensu accipio WERNHERUM *P.* IV. *Obs.* CCCVII. vid. BLUML. *h. a. N.* V. Nam prior sententia non potest esse norma posterioris, et sola vis concludendi, quae *indiciis* inesse deprehenditur, praesens decretum moderatur, siquidem non exemplis, sed legibus judicandum. Idem quoque de altera specie dicendum, qua indicia olim secundum acta et probata quidem *proxima*, ob circumstantias supervenientes talia esse desierunt, quia semper secundum statum *praesentis* caussae sententia ferenda, usque adeo, ut si etiam ob *corporis* conditionem impraesentiarum sine periculo tortura decerni nequit, reo territio vel juramentum purgatorium imponendum sit. Neque quod *variationi* ipsius rei inesse creditur indicium, ejusmodi temperamentum turbat, sed terminos habiles supponit, et tunc demum allegari valide potest, quum perdurante priorum indiciorum efficacia, reus nulla innocentiae caussa instructus, quod sub tormentis confessus, iterum revocat. Eoque, fallor, aut ipse legislator respexit, qui a.) in hoc articulo expresse supponit: *dass doch der Argwohn, als vorsteher, vor Augen wäre*, et praeterea b.) circumstantiarum antecedentium, subsequentium explorationem judici sollicite ac iterata vice commendat, hac addita ratione: *nachdem der Grund peinlicher Frage darauf bestehet.*

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 59.

Varia remedia contra reos, post secundam torturam revocantes.

Quod de *secunda* tortura monitum, ob rationis paritatem ad *tertiam*, quam mores in se adhuc probant, merito applicandum, quoties reum altera vice denuo revocasse, contigerit. Quia enim poena promerita sic per indirectum eluditur, nec tamen judex pro ea irroganda ad tertiam torturam pergere prohibetur, sed a *quarta* demum excluditur, consequens est, ut posita facultate *tertium* torquendi, de ejus usu, et applicatione in *tali* specie non sit dubitandum. Hac vero frustra applicata, satius esse vulgo creditur a cruciatibus desistendi, ne in lanienam degenerent tormenta. Probant id mores, sola *humanitatis* ratione quum leges Carolinae certum numerum repetitionis haud definiverint, et hoc ipso JCtos *tacite* provocarint, ut, quod ex aequi bonique regulis tandem finem ac modum habere debet, ita constringerent. Quid vero tandem accedente tertia revocatione judici in frangenti agendum? Quaestio haec non decisa, et ideo in utramque partem a DD. disputata, quorum sententias quasi in nucleo exhibuit GRIBNER *c. l.* cum WERNHERO *P.* III. *Obs.* CXXV. CXLV. Sunt, qui tertium confessos, revocatione non obstante, poena *ordinaria* afficiunt FAB. *in C. Tit. de quaest. def.* XV. GOMEZ. *var. resol.* CXIII. *N.* XX.

quibus tametsi rationes HUBERI a perdurante efficacia indiciorum desumte parum suffragentur, per ea, quae iis opponit GRIEBNER *c. l. speciem* tamen veri conciliat *geminata* confessio, cui alias magna vis inesse creditur, ut ne quidem ratificatione indigeat ex sententia BERGERI *El. crim. pag.* 227. Verum quia leges plenam perseverantiam confessionis ad imponendam poenam desiderant, merito hic subsisto,dubitoque,utrum salvis illis durissimam sortem poenarum capitalium, vel corporis affliciivarum, quibus tortura tantum respondet, reus subire possit. Alii eamdem sententiam temperant, et cautelae gratia suggerunt, ut tertia confessio adhibito *Notario* cum *testibus* consignetur, et hoc demum modo vis ultimae revocationi detrahatur. BERG. *l. c. p.* 256. Quasi vero fides notarii sit major, quam judicialis! Non parum injurii sunt in judices, qui ita ratiocinantur, et fidem actis *judicialibus* cohaerentem vacillantem reddere gestiunt. Est illa utique plena, nec tamen *revocationem* impedit: quo itaque jure hoc admittenda, eodem quoque reus adversus consignationem Notarii audiendus. Alii *plenam* tertiae applicationem, non obstante rei oblatione ad confitendum, urgent, ut hoc velut medio, a reo non cogitatio, malitia ejus frangatur, isque, nil sibi profutura cepta maligna consilia, ita convincatur, consequenter adigatur in confessione perseverandi LYNKER. *Dec.* CCXLV. LUDOVICI *pr. crim.* CIX. §. XLIII. Sed dubito, an haec impediendae revocationis sufficiens medicina fuerit, et an non nebulones, postquam vires restitutas, seque a manibus tortoris liberatos vident, potius subducere se supplicio per revocationem, quam illud, perseverando in confessione, ambire sunt praeoptaturi? Sola praeteriti memoria tantae non est efficaciae, ut eos cohibeat a revocando, quamdiu metus mali futuri, et iterandi torturam eos in ordinem haud reducere potest, tale autem post tertiam torturam cessat, eumque cessare male feriati optime norunt. Ergo emotae mentis fore oportet, si quos conscientiae morsus nondum emendavit, confessionem inter istam lanienam editam, postea ratihaberent. Alii iterum justo mitiores, prorsus revocantem *absolvunt*, quasi doloris impatientia, et sic *falsa* confessum. CRAVETTA *cons.* CCXVII. *N.* III BRUNNEM. CVIII. *N.* CLXXXVI. Quid vero, hac posita sententia, aliud futurum est, quam ut male feriatis cautela ad eludendam omnem poenam suggeratur, quod ratio utilitatis publicae vix patitur. Alii denique ad poenam *extraordinariam* confugiunt, quorum sententia magis aequitati congruit, quia 1.) haec velut *media* est, qualis in casu dubio, nec deciso, tanquam mitior, praeferenda, 2) reo non adeo prejudicat, qui sibi gratulari potest, quod vitam, cujus amissio imminebat, redemerit, nec 3.) saluti publicae multum detrahit, cui si non plene, aliquo tamen modo ita satisfit, imprimis quoties,uti hoc casu fieri solet, perpetua *custodia* vel *opere publico* cohibetur reus, ne imposterum securitatem publicam turbet. GRIBNER *c. l.* §. XXIV.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 66.

Revocatione in die executionis secuta caussa aliquantisper suspendenda. Brunnemanni sententia laudatur.

Hanc Imperatoris in condenda Carolina occupati, fuisse mentem apparet ex *Norico* exemplo, ubi verba: *soll der Richter in allevvege raths pflegen etc.* non inveniuntur, sed rotunde dicitur, *so hat das Verneinen nicht statt.* Ex quo vero res postea aliter definita, et necessitas transmissionis verbis *raths pflegen*, substituta magis est, ut Brunnemanno *de proc.* inq. *C.* IX. *N* XXXII. subscribam, qui transmissionem, si sententia mox executioni dari posset, inutilem prorsus futuram,ratus, Carpzovio dicam scripsit, caussamque transmissionis in eo collocavit, ut jurisperiti examinent indicia, an ea forte talia sint, ut ex iis reus pene *convinci* potuerit, vel an *remotiora* quodammodo fuerint, ut priori quidem condemnatoriam sententiam repetere et confirmare: posteriori vero casu, si scrupulus emergat, vel circumstantiae nonnullae non conveniunt cum assertione rei, vel si alias dubitari posset de veritate confessionis, torturam denuo dictare vel poenam mutare, vel alia ratione judicem inquirentem informare possint. Breviter maturiori deliberatione vel ideo opus, ut inquirant, utrum refugium in actis appareat vel caussa *verisimilis* a reo allegata fuerit, nec ne, et priori quidem casu secundum ejus indolem pronuntient, posteriori autem ob manifestam contumaciam de executione sententiae abscisse statuere possint. Neque moror objectionem : *interrogationi* scabinorum sic inanem et nullius usus futuram. Id enim non invitus admitto, quum fides confessionis ex ipso protocollo satis constat, adeoque miseram istam quaestionem ad meram *cautelam* abundantem, ut in rebus tanti momenti nihil omnino omissum constet, pertineat, imo in foro teste Kressio *ad Artic.* §. I. cesset. Mihi sufficit, quod cum ea legislator conjunxerit consultationem extraneorum, qua supposita, mora omnino admittenda, reoque ad novam defensionem aditus parandus. Interim auctorem sequitur Bart. *de convict. non confess. C.* II. §. XIX. Krause *de eo quod just. circ. poen. furt.* §. XXI. et parum abest quin Leyserus *sp.* DXXXIX. *M.* XIV. in eamdem sententiam transierit, qui transmissionem actorum consilii non vero necessitatis esse, judicemque rimari momenta in actis exposita oportere et petulantia reperta circa executionem decernere posse existimat, contra verba articuli, quae consultationem extraneorum in hac specie non modo abscisse indulgent, sed 1.) *praecipiunt* et 2.) in fide non judicis inquirentis, sed extranei acquiescunt. Lynck. *dec.* CLV. Clasen et Kress. *ad Art.* XCI. *C. C. C.* Nonnunquam suspicantur judices, reum in die e-

xecutionis asserta retractaturum, et ita, quid tum juris, ab extraneis quaerunt, quo casu in antecessum, si perpensis actis nulla salutis spes pro reo affulget, sententia sive revocaverit, sive non executioni, dari jubetur, et sic cautela hujus articuli ipso die executionis opus non est. Ludovici *ad Artic.* XCI. *C. C. C.*

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 72.

Praesentia Notarii revocationem non impedit.

Maxime otiosa, et inanis imo judicio criminali injuriosa est praesens cautela, non quidem ex rationibus ex quibus eam impugnat Oldekop. *Dec.* II. *qu.* V. *sed.* quia *acta* publica per se fidem *plenam* habent, docente Barthio *c. l.* Wernhero *P.* III. *Obs.* CXLVIII. Quamdiu haec convelli nequit, absurdum est, Notarium arcessere, eique plus auctoritatis, quam judici tribuere.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CXXVI. N. 83.

Quomodo tortura, facto judicis non plene applicata, iteranda.

Hactenus de variis iterandae torturae speciebus actum, quarum prior *Qu.* CXXIV. in fine altera *Qu.* CXXV. *Obs.* III. tertia praesenti quaestione ab Auctore exposita. Operae pretium ergo erit, unicam his appendicis loco adjicere. Nimirum *quarta* species ad iterationem torturae qualificata, tunc suo modo emergit, quoties gradus torturae prioris dictatus *facto judicis* non plene reo applicatus, sive quod post fortiter toleratos *primi* gradus cruciatus reum ejulantem dimiserit, quem per omnes gradus secundum sententiae tenorem torqueri, fas erat; sive quod reus subdole *aliquid*, non tamen id, super quo gravatus, et tortura decreta erat, confessus est, qualia consilia delinquentes vulgo callide capere solent, dum pro evitando mortis supplicio in tali confessione, ex qua *arbitrariam* poenam tantum sibi imminere, norunt, solatium quaerunt, judices incautos autem decipiunt, ut *quali quali* responsione contenti, executionem ulteriorem sistant. Est hic, quem judices ita *connivendo* committunt, abusus gravissimus, et non dicam, *intempestivae* clementiae, sed *imperitiae* argumentum omni exceptioni majus, quoties nebulonibus ea in re morem gerunt, et in ejusmodo *insufficiente* confessione ac-

quiescunt, satis esse, rati, si caussa ita instructa, ut vindictam publicam *qualem qualem* reus subire debeat. Facilius vana opinio veniam meretur, si de circumstantiis *saevum* mortis genus minantibus interrogatus reus, omissis illis, tantum id, quod ad poenam simplicem *capitis* sufficit, confessus, a judice dimissus est, quum ex sententia nonnullorum interpretum tum longiore examine, et ulteriori tortura ad poena executionem opus non sit, teste BODINO *de abus. tortur.* §. XII. et sic *probabilis* ratio in opinione quorundam interpretum fundata, judices excusat. Tum vero notam non effugiunt, si de capitali gravatum, circumstantias delictum *minuentes* recensere impune permittunt, veluti si reus *culpam* fatetur, vel dolum quidem, non aeque ipsam delicti *consumationem* aut *minorem* quantitatem rei ablatae fassus, ubi a majori capitis supplicium dependet. Convenit potius tamdiu cruciatus sententia comprehensos continuare, donec ad *omnes* circumstantias interrogatoriis comprehensas *affirmative* responderit, adeo, ut *unica* negata, reus denuo scalae admovendus sit. De quacunque enim circumstantia interrogatorium conceptum, ejus *sigillatim* tanta verisimilitudo adesse censetur, quanta ad diros cruciatus opus est. Et quum pro *judice* sententiam concipiente sit praesumtio, quod in aestimatione indiciorum leges non transgressus sit, ei, penes quem est *executio* sententiae, non potest non incumbere, ut non prius desistat, quam si reus secundum *voluntatem* illius, et *tenorem sententiae* confitetur. Hoc officio neglecto is quidem turpiter *peccat*, sed id vitium nec rei publicae praejudicare, nec efficere potest, ut *veritas* supprimatur, adeoque nil reliquum est, quam ut reus, qui suomet facto per *contumaciam* sibi prospicere tentavit, denuo rigorem pro eruenda veritate experiatur. Interim ne judicis, quae hic simul concurrit, imprudentia, reo nimis injuriosa sit, in hac specie auctor essem, ut tortura magis *continuetur*, quam repetatur, et sic ii tantum cruciatus addantur, quos antea nondum applicatos constat, omissis praeludiis, a reo quondam sustentis, quemadmodum rationes subducit BERGER *oeconom. jur. pag.* 1203. *N.* III. Licet enim melior sit ejus conditio, qui quae eodem tempore subiri debuit, per *intervallum* patitur, tamen imprudentia judicis efficere nequit, ut bis eundem sentiat dolorem, quem jam sustinuit rite, ut recte sentit GRIEBNER *cit. l.* §. VIII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXVII. N. 30.

Excessus in decreta, et applicata tortura.

Admitto haec, si *excessus* in ipsis instrumentis, vel *gradu* torturae facto, indiciisve parum conveniente queritur, et sic sententia impugnatur, secus, si judex de *immoderata* applicatione ejus gradus, quem sententia continet, inculpatur, vel alias in ipso *processu* committendo, vel omittendo peccavit, et collegium extraneum ad ferendam sententiam actis quidem conformem, sed *in-*

quam induxerit, sive quod *protocollo exceptio falsi* obstet, sive quod ordine non servato, in testibus, reisque examinandis, officio suo abusus fuerit, cujusmodi vitia exhibitione sententiae non purgantur, ut recte observat OLDEK *decad.* IV. *Qu.* VII. Nam injuria in *judice* tanto magis vindicanda, quanto evidentius est, ad ejus officium pertinere, ut aliquem ab injuriis defendat, OLDEND. *Class.* VII. *act.* XIII. *dec.* I. *Qu.* VII. *N.* XXIII. Quia vero excessus in *facto* consistit, ab allegante probandus, adeoque erroneum est, quod vulgo circumfertur de praesumtione juris pro *reo* militante, quum potius violenta pro *judice*, quod recte functus sit officio, militet praesumtio, et rei publicae intersit, auctoritatem judicis tueri. STRYCK *de praesumt. pro magistrat.* Nisi forsan reus doloribus oppressus *mortuus*, vel *mutilatus* sit, quo casu specialis ex facto ejusque eventu insolito hausta praesumptio ei resistit, elditque priorem tanquam generalem, DAMHOUD. *pr. cr.* CXXXVIII. *N.* XVIII. Quidquid sit, de *magna* desidia constare debet, quoties judici cum effectu excessus imputandus. Plurima enim in doctrina de tortura non definita, sed arbitrio judicis subjecta, in *arbitrariis* caussis autem excessum comminisci difficillimum, ut ex casu supra *Qu.* CXVII. *Obs.* III. relato evidenter apparet.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXVII. N. 36.

Emenda ad poenam referenda. Dolus latave culpa non levissima judicis vindicatur.

Recte Auctor *emendam* a *damni* reparatione distinguit, et ad *poenam* refert. Nam idem facit CAROLUS V. *Art.* XX. et innuunt leges Germanicae, quae poenam privatam publicae contradistinguunt, illam *Wette*, hanc, *Busse* vocant. Unde otiosae quaestiones utrum emenda *vindictae*, an *damni* privati rationem habeat? Utrum *dignitas* in computum veniat, an solum *corpus* mutilatum? utrum obligatio contra plures in *solidum*, an pro *rata* competat? quas movet ITTIG *de emenda.* Nam ipse Imperator *cit. art. der Schmach, Schmerzen* mentionem facit, ejusque vindicationem privatam, quae poena, non persequutio privata est, mentionem facit, vid. supra *qu.* XCIX. *Obs.* I. consequenter regula obligationis *poenalis* communes hic applicandae. Quod poenam *publicam* multum interest I. dolo, an culpa, et desidia judex peccaverit? II. utrum per tortum reo nocitum, et reapse *injuria* illata, an contra *verum* nocentem *plus justo*, in solo *modo* procedendi, peccatum. Etsi enim posteriori casu reprehensione dignus excussus, tamen multum temperatur, per facti scelesti evidentiam, ut *levior* excessus vix in computum veniat. Contra tanto *majorem* poenam subit, si ob *nullum*, vel *levissimum*

crimen reum excruciaverit, vel contra eum cujus culpa non ad liquidum reducta, illegitimo *modo*, et contra omnem *humanitatem* processerit, cujusmodi excessus in *latam* negligentiam degerat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXVII. N. 55.

Relaxatio juramenti ad effectum agendi rejicitur.

Tota doctrina de *relaxatione juramenti* ad effectum agendi, repetenda a *papatu*, sub quo conveniens visa fictio, quod per juramentum simul *Deo* aliquid promittatur, adeoque opus sit, ut *vinculum* hoc quoties contra illud agendum, tollatur, laxare autem vinculum, nemo possit, nisi Episcopus Desselii. *Erot. jur. can. Lib.* II. *Tit.* XXIII. *Dec.* III B. Parens. *J. E. Tit. de jurejur.* §. LII. Haec incaute JCti protestantes ad nostra fora traxerunt, et, ut omnia juri Canonico convenienter agerent, principi, tanquam vices Episcopi tenenti, id jus delegarunt. Verum enim vero invocatio Dei in *vindicem* nullam nec promissionem, nec promissi acceptationem infert, sine acceptatione autem promitientem teneri, a natura *obligationis* alienum est. Qui jurat, et Urphedam praestat, *judici* promittit, cui si ob vitium, nullum jus est exigendi promissum, omne omnino vinculum exutare oportet. Neque huic relaxationi satis consulitur a Ludolfo *de jur. foem. illustr. pag.* 78. qui, dum ejus necessitatem defendit, alioquin futurum existimat, ut, si cuilibet civi liceret proprio ex judicio promissionem juratam transgredi, sine caussae cognitione, proniores fiant ad legitimum vinculum migrandum. Nam eo cognitio et inquisitio, uti justissima, ita mora caussa principali, a qua illa dependet, commode suscipi potest, non, quod jam in quaestione est, ante eam tractari debet. Et, qui temere egisse convincitur, temeritatis suae poenam satis fert, dum praevia condemnatione in *expensas*, petitae satis factionis repulsam fert. Hoc suadet ordo naturalis, nec apparet, cur, quod una eademque sententia fieri potest, processu relaxatorio, eoque *separato*, obtineri debeat. Optandum itaque, ut, quorum e re est, adversus judicem ad satisfactionem agere, sine ambagibus ad deducenda jure sua admitterentur, et nullis inanibus litibus vexarentur, antequam de injuria sibi illata querantur. Plenissime erroneam de relaxationis necessitate opinionem profligavit Christoph Beier *Tr. de jurament. ejusque relaxatione.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII. N. 29.

Vivide fossio utrique sexui, omnibusque delictis olim propria. Exasperatio ejusdem.

De Praxi frequentiori *subterrationis* in Germania, quantum satis est, dixi *Qu.* IX. *Obs.* III. Fuit ea vindicta communis *utrique* sexui, non *sequiori* propria, ut ex jure provinciali *Suevico Cap.* CXLVII. et *Norico* apud DAMBEUTER *de Nemes. Noric. C.* II §. XIX. apparet, quorum illud de *perduellibus*, hoc de *stupratoribus* violentis agit, utrumque ad sexum *praestantiorem* pertinet. Negandum tamen non est, multo *frequentiorem* ejus usum in coërcendis foeminis fuisse, imo ad earum hoc *privilegium* pertinuisse, ne denudatione, quasi in magna veterum *castitate*, opus esset, ipso executionis momento, ceu eleganter ex monumentis antiquis docuit. CL. DREYER *in opusc. de vividefoss. p.* 16. Neque circa delicta intererat, usque adeo ut plerumque quidem in *furto*, subinde tamen in *adulterio*, aliisque applicata, et in solo *infanticidio* etiam tum temporis retenta, quum in aliis delictis jam dudum ab usu recesserat. Utrum *transfixio pali per corpus* eidem semper cohaeserit, an ad solam ejus *exasperationem* pertinuerit? dubium. Neque enim, quotquot de ea supersunt monumenta, modum executionis distincte determinant, praeterquam, quod nonnunquam, quoties ista poena memoratur, *pali* simul mentio fiat. Ego tamen posterius crediderim, quia truculentia hujus accessionis vix respondet *favori* mulierum, cui consultum ivisse leges per subterrationem *cit. diss.* ostensum. Facilius hunc *poenae* apparatum, *infanticidis* proprium, non solius *exasperationis* loco, aliquando tantum usurpatum fuisse, concesserim, quia his vix vivide fossio sine mentione pali in Chartis vetustis applicatur.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII. N. 36.

Honestius supplicium securi, quam ense caput truncare.

Non leniori modo moriuntur rei, quam *gladio* cervice resecto. Unde ab omni aevo id supplicium *honestius* habitum, adeo, ut praecisio capitis *securi*, etsi vetustior fuerit, Romanis tamen *ignominiosior*, et *turpior* visa, quam decollatio per gladium. Quam ob rem ANTONIUS CARACALLA, in cujus conspectu PAPINIANUS securi percussus, et a militibus occisus, eo facto, indignabundus dixisse fertur, *gladio te exequi oportuit meum jussum*, ut ex SPARTIANO docet FABER *semestr. L.* I. *C.* IV. Inter priscos Germanos usus securis rarior, rotationis per ensem frequentior, nisi quod in Anglia *altioribus* honorificum credatur, *securi* etiamnum caput truncare, ut variis exemplis comprobat DOEPLER *Lib.* II. *C.* II. *N.* XXXII. *seq.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII. N. 41.

Strangulatio, crux, suspendium.

Distingui hic merentur *strangulatio*, *crux* et *suspendium*. Prior in republica *Judaica* poenarum capitalium *praecipua* erat, fiebatque *sudario*, quod collo sontis circumvolvebant testes, attrahebantque, donec reus ageret animam. *Crucis* supplicium Judaeis prorsus ignotum. Vindicare quidem illud his nonnulli tentarunt eo, quod *suspensorum* non desint exempla, *Amani*, aliorumque. Sed hunc errorem penitus profligavit Casaubonus *contr. Baron. Ex.* XVI. CLXXVII. soleque clarius evicit, non *vivis*, poenae causa, spiritus fuisse praeclusos, sed *occisos* suspendi suevisse in celebri loco, ubi omnibus essent conspicui. Breviter, suspendium non *poena* intelligebatur, qua *vivi* afficiebantur, sed *pudendum poena superpondium* cadaveribus, et alia poena extinctis, *ignominiae* caussa paratum, Bynaeus *de morte Jesu Christi T.* I. *Lib.* I. *C.* I. §. *f.* In sola civitate *Romana* durum crucius supplicium natum, foedissimum, ac acerbissimum, quo *vivi* suffixi. Morte lenta a stillante paulatim post virgarum caesionem sanguine; aut fame, rei sic peribant aliquando acerbiore mortis genere, hoc est laniatu bestiarum consumebantur. Crudelitas effecit, ut *servis* applicaretur supplicium, vel his, qui *prope servos* erant, *vilissimis, latronibus, sicariis*, similibusque, quae omnia late exequitur Lipsius *de cruce*. Ex quo Constantinus illud sustulit, furca substituta, qua gula sceleratis praeclusa, unde Tribonianus in pandectis ubique pro *cruce* substituit *Furcam*. Ramos *ad l. pomp. de parricid. p. m.* 144. Eundem morem diu servarunt majores, inter quos frequens *suspensionis* ex arbore, vel *patibulo* mentio, teste Heineccio *J. G. Lib.* II. §. CCCLXIX. Proditores teste Tacito, ita necabant, fuitque haec poena, grassantibus judiciorum Westphalicorum abusibus, fere ad sumendam vindictam, ordinaria, donec *certis* delictorum speciebus pedetentim propria facta.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII. N. 44.

Origo et indoles crurifragii.

Usum hujus poenae jam in republica *Romana* invenisse sibi videtur Rhodingius *lect. antiq. Lib. X. C. V.* motus auctoritate Aristophani et Plutarchi, sed notatus a Langlaeo *semestr. Lib.* X. C. III. Quae enim ab his de rota traduntur, non de supplicio, sed *quaestione*, ad eruendam veritatem comparata, sunt accipienda. Facilius huc trahi posset *crurifragium*, cruci suffixis subinde applicatum, quod tamen non tam rota, quam *clavis* susceptum. Sed etiam hoc in *complementum* sumti jam supplicii, ad festinandam mortem, ad hibitum, mi-

nime necessarium, si pendentes ante solis occasum vivere desiissent. Lactant. *Lib.* IV. *C.* XXVI. Interim crurifragium *distinctum* supplicium apud Romanos fuisse, dubitare nos non sinunt testimonia, et exempla martyrum ita consumtorum a Justo Lipsio *de cruce C.* XIV. et Sagittario *de cruciat. martyr. C.* XVIII. § IV. *seq.* proposita. Quidquid sit, istud crurifragii, quo apud majores semianimes, effractis crucibus, rotae impositi, juris Germanici inventum esse, Langlaeo non invitus concesserim. Hic enim fuit mos, quem Germani cum hoc poenae genere conjunxerunt, ut ipse Langlaeus testatur, et exemplum in *El. jur. cr. S.* II. §. CCXXXIII. relatum, cum praxi moderna *Galliae*, probat. Quod vero malleis, vectibus ferreis, aut rota reus necare, laceratumque corpus rotae imponere sensim receptum mitescentis saeculi argumentum est. Eoque multo magis pertinet mos, *uno ictu* cervicem reorum, rota adhibita, frangendi, quod vocant *das rädern von oben herunter*, in oppositionem ad crurifragium *supernum*, per quod fractis primum brachiis, renibus, tibiis, et cruribus, tandem *lethalis ictus* cervici, vel pectori applicatur, et *das rädern von unten herauf*, vocatur. Ex his prior species, a crudelitate paululum remittens, usitatior, et in dubio intelligitur, quoties in legibus vel sententia ferali *indefinite* rotae mentio facta, usque adeo, ut, si exasperare poenam ob singulares circumstantias, e re judici visum, nominatim addi debeat *von unten hinauf*, Berger *El. cr. p.* 16. Leyser *Sp.* DCXLIX. *Med.* XI.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII.N. 48.

Culleus, suffocatio in aquis.

De ferali culei supplicio, docte et ex professo agit Ramos *de error. Trib. poen. parricid.* Quod, quum hodienum usu servari in Saxonia, alibique, tradit Auctor, manifeste lapsus est. Submersione in aquis alicibi utuntur, quam culeo similem esse existimat, simul vero fateri cogitur, quod omne simile, quodammodo dissimile, et saltim non idem sit. Neque enim criminum, aut parricidii rei, hac via consumendi, *virgis sanguineis* caeduntur, nec culleo, bici bitumineque circumducto, sed sacco linteo insuuntur, neque ex animantibus, sacco olim inclusis, simia sed felis adhibetur, neque reus inter ferales angustias *lenta* morte, sed *repentina* mox, suffocatione in aquis, perire cogitur. Taceo, extra Saxoniam, ne animalia quidem adhiberi, imo in plerisque locis praxin submersionis ignorari, substituta in ejus locum decollatione, ut supra *Qu.* VIII. *Obs.* I. Qu. IX. Obs. III. exposui.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII. N. 51.

Indoles et usus concremationis.

Ignis supplicium acrius esse aliis, satis innuit Seneca *Lib.* VIII. *Declam.* VIII. *vivi exuruntur poenam funerare*, ait, et ipse testatur Paulus, qui non modo *Lib.* V. *sentent. Tit.* XVII. illud aeque ac crucem *summis* suppliciis accenset, verum etiam *cruce* deterius esse profitetur *l.* 28. *ff. de poen.* Quare non mirum quod illud pro *servili* habitum licet subinde aeque ac furca plebeiis, humilibusque applicatum fuerit, *l. un. Cod. de mulier. quae se prop. serv. junx. l. un. C. de rapt. virg. l. un. Cod. de emend. serv.* Postea usus ejus frequentior, non tamen aliter, quam in delictis *atrocissimis*, contra falsos monetarios *l.* 2. *Cod. de fals. monet.* usurpatores aggerum Nili, *l. un. C. de Nili agger.* maleficos, tabularios civitatum per fraudem immunitatem profitentes *l.* 9. *C. ubi causs. fisci agi deb.* incendiarios *l.* 28. §. 12. *de poen.* Inter varios executionis modos, quorum quosdam Auctor recenset, notari meretur, *liquentis plumbi injectio*, cujus meminit *l.* 1. *C. de rapt. virgin.* Omnium planissimus est, quo aggestis lignis flamma rei combusti. Atque hunc solum noverunt Germani, quoties, quod in atrocioribus factum, hoc letho reos perimere jusserant. Unde prorsus *singularis* species est, quam exhibet *das Weissthum des Büdiger Waldes Anno* MCCCXXV. apud Lunig *spicil. secul. P. II. p.* 1606. cujus verba haec sunt: *auch soll er mehren eschen börnen, wer das thäte und begriffen würde, den soll ein Forstmeister binden seine Hände auf seinen Rücken und seine Beine zu Hauff und einen Pfahl zwuischen seine Beyne schlagen und ein Feuer fur seine Füsse machen, und das soll so lange börnen bis ime seine Solen verbrenten von seinen Füssen und nicht von seinen Schuhen.* Hodie vix est ut vivi per flammam consumantur. Cohorrent plerumque rigorem judices ac JCti, et ideo hoc moderamine utuntur, ut reo ad palum deligato dum acervus accenditur, *gula praecludatur*, et hoc modo cadaver in cineres redigatur, ut supra convenientibus locis docui. De antiquitate et usu dissectionis itidem egi *Qu.* XLI.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII. N. 56.

Exasperatio poenae capitalis, in Carolina non nominatim imperata.

Haec principia sunt limpidissima, et analogiae juris criminalis convenientissima, quae ipsemet inculcavi, ex iisque hinc inde imprimis *Qu.* XXXVIII. *Obs.* IV. evici, ejusmodi exasperationes locum habere non modo in iis casibus, in quibus *diserte* leges illas probant, verum in *aliis* quibuscunque, ubi *facti qualitas*, ut singulare exemplum statuatur, exigit, licet lex *nominatim* earum mentionem non facit. Qua in re, eo minus nimii rigoris censuram me incursurum confido, si eam doctrinam, ut supra factum, ad sola *atrociora* crimina restringerim. Sed aliam viam Auctor, immemor sui, ingressus est, loco antea citato et tantum in *quatuor* casibus, quibus nominatim hujus exasperationis Carolina meminit, rigorem admittendum existimavit. Nominatim praxin ejus in crimine incendii *Qu.* XXX. *Obs.* IV. Sodomiae *Qu.* LXXVI. *Obs.* VII. stupri violenti *Qu.* LXXV. *Obs.* III. rapinae *Qu.* XC. *Obs.* II. vindicavi, in quibus mulctandis nihil de hocce augmento Carolina memoravit, scelesti animi tamen et improbitatis insignioris argumentum utique occurrit, unde criminis atrocitatem cum poenae apparatu repetendam existimo.

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXXVIII. N. 59

Indoles puncturae per forcipes. Impositio trahae. Conjunctio utriusque exasperationis.

In eo punctura per *forcipes ignitos* cum *raptatione* per plateas convenit, quod utraque supplicii capitali executionem antecedat. Quem in finem utriusque applicatio ita facienda, ne per eam reus consumatur, sed adhuc vivo principale supplicium imponatur. Trita est paroemia:

Mann soll ihn schleiffen über Stock und Stein

Dass er breche Haltz und Bein.

Quae, si stricte acciperetur, raptatio notionem *additamenti* amitteret, et in *principale* supplicium degeneraret. Potius ita interpretanda, ut caput pendulum, ab *illisione* noxia non sit liberum, a *lethali* autem alienum. Idem quoque de prehensione membrorum per forcipes candentes dicendum, quae tot vicibus tantum iterari potest, quot reum *vivum* conservare possunt. Si ob *repetitionem* ejusdem delicti dictatur, plerumque pro *numero* iterati infanticidii vices prehensionis determinantur. Sin ob insignem *crudelitatem*, vel aliam circumstantiam *aggravantem*, ab arbitrio judicis pendet, quousque repetitionem puncturae in sententia definire vult. Stephan. *ad Art.* CXCIV. *C. C. C.* Rarius tamen ultra *sex* vices extenditur, ne crudelitas reo intolerabilis

sit, et ad *desperationem* miserum perducat, DOPLER *Lib.* II. *C.* XX. §. III. Interim *novies* eam repetitam in quadam specie refert STRYCK *U. M. Tit. ad l. Pomp. de parricid.*

Ad idem arbitrium redit, utrum ob factum admodnm *crudele* utraque *simul*, an *alterutra* exasperatio addenda? teste DOEPLERO *cit. loc.* Etsi enim CAROLUS per particulam *oder* utiqne,quoties mentionem hujus augmenti facit, *alternative* loquatur, non tamen hoc *exclusive* factum esse, *ratio* juris, a qua omnis exasperatio pendet, docet. Saltim injustitiae censuram facile effugiet ista conjunctio, quoties circumstantiae id suadent, ut comprobat praejudicium infra *Qu.* CXXXII. *N.* LX. allatum, quamvis usus ejus rarior, et vix humaniori jurisprudentiae modernae respondeat. Plane critica ZIERIZII, utrum loco *reissen* hodie sententiae inseratur *zwacken*, et monitum LUDOVICI, utrum addatur *durch unvernünftige Thiere*? mere otiosa est, quum raptatio trahae, vel vehiculi cui reus imponitur, semper mediantibus bestiis fiat, et verba sententiae in sensu *legali* accipienda sint. Atque hactenus utraque exasperatio *pari* jure applicatur, in eo vero differt, quod prehensio augendi *doloris* gratia, raptatio magis ad complendam *pompam tragicam*, ac impressionem *aliorum*, fiat. Plura de utraque habes apud DOEPLERUM *C.* XX. XXI. Addit FROELICH *P.* I. *p.* 268. *das Riemen schneiden*, sed de hoc plus, quam inhumano augmento mihi nullum exemplum innotescit.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXIX. N. 16.

Origo et indoles fustigationis.

F*ustigatio*, cujus hic Auctor meminit, male ex jure *Romano* petitur, quum solis moribus *Germanorum* debeatur, et praeter *similitudinem* quandam leges Romanae nil suggerant. Erat apud Romanos discrimen *virgarum*, vel fustium et flagellorum. Illis reum tantum officii commonefaciebant, ne simile quid tentaret, unde ipsa coërcitio *fustium admonitio* audiebat. CICER. *Philip.* III. *N.* XIV. Haec magis *contumeliae* caussa applicabantur. Quare illis *honestiores*, et liberos caesos novimus, haec tanquam infamantia solis servis propria *l.* 28. §. 2. 5. *l.* 38. §. II. *de poen.* illorum ictus non adeo *dolorem* importabant, et *bacillis ligneis* quorum mentio fit *l.* 2. §. II. *de vi et vi armat.* executioni dabantur, haec acerbissima, et *aspera* erant, flagris, loris fiebant, ut HORAT. *Sat.* I. III. CXIX. *horribile flagellum* scribere non dubitet. Germanis hoc discrimen incognitum,et si ipsum fustuarium supplicium notissimum. *Adulteras* nudatas, accisis crinibus, a propinquis caesas, et per omnes vivos ab aliis *verberibus* exceptas fuisse, constat, de quo judicio privato testis est TACITUS *de M. G. C.* XIX. Neque ab hoc more judicia publica aliena, ut passim leges Germanicae docent, quae idem supplicium ad *alia* delicta transferunt,

vid. *LL. Longob. Lib. I. Tit.* XII. §. III. *LL. Wisig. Lib.* III. *Tit.* III. §. VIII. *Capitul. Lib.* VII. §. CCCXXXV. Circa *modum* tamen, et *effectum* differentia erat. Aliquando *extenso* reo applicabatur; aliquando *non extenso LL. Wisig. Lib.* III. *Tit. II.* §. XX. XXIII. *LL. Bajuar. Tit. VIII. C. VI.* Iterum cum saepe sine infamia, prout cum *de calvatione* conjunctum esset, nec ne? De posteriori specie testatur *L. Wisig. Lib. II. Tit. II.* §. *VIII.* De priori *L. III. Tit. II.* §. *VIII.* Illa rarior, haec frequentior. Unde notissimae in monumentis phrases *corium et capillos tollere, decalvare et fustare, cute privare,* quas ex ipsis monumentis illustravi in *Elem. jur. crim. S.* II. *C.* I. §. VII. Simile quid docet Codicillus Friderici I. apud de Ludevvig *Tit.* II. *Reliq. M.* LV. *Anni* MCLVI. ibi: *verberatus ac tonsus civitate ejiciatur,* et constitutio *II.* F. *XXVII.* §. *f. scopis et forpice excorietur et tondeatur.* Idem notat formula, *zu Haut und zu Haaere, spec. Sax. Lib. II. Artic. XIII. spec. Suev.* C. LXXIII. §. II. *C.* CLXVI. §. III. quam explicat *Glossator ad Art.* XXXVIII. *juris Magdeb. und dies ist so viel dass man den zur staupe schlaget.* Vero omnino *tonsura* fuit, quam notae perpetuae, et *ignominae* caussa majores usurparant, contra hos, quos infamare, et signo hoc in sensus incurrente, notare ac separare voluerant ab iis, qui ex more majorum singulare *decorum* in gestatione *capillorum* quaerebant. Quod male negat Thomas. *de ort. et prog. jud. Westph.* §. XXV. recte notatus a Meindersio *de jud. cent. p.* 176. Pedetentim crinium abscissio neglecta solaque virgarum castigatio publica retenta, quam etiam *infamia* caussa forum servat. Reliquias ex antiquo fustigationis ritu exhibet *Ordin. Polit. Magd. C.* LXIX. §. XIII. ibi: *an den Pranger gestellt nach Gelegenheit mit Haar ausschneiden auspauken und offentlicher Verweisung oder Staupen-Schlägen gestrafft,* et sententia formula: *am Pranger gestellt, durch des Scharffrichters Knecht ein Schopf Haar ausgeschnitten,* apud Stryck. *U. M. Tit. ad l. Jul. de adult.* §. XXVIII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXIX. N. 27.

Limites circa usum fustigationis. A plerisque reprobatur. Conjunctio cum regulatione, vel ergastulis. Privatae virgarum castigationis indoles ac usus.

De origine et indole fustigationis apud Romanos et Germanos egi *Qu. praeced.* Circa usum ejus hodiernum conclamatum est, I. eamdem poenis notabilioribus, et gravioribus *extraordinariis* accenseri, adeoque in ea decernenda magna cautione opus esse, ne temere aut ob solas praesumtiones imponatur, Lynck. *R.* XXXIX. *N.* LV. Locum itaque habet non modo in capitalibus, quoties causa justa remissionem suadet, verum etiam in delictis *arbitrariis,* si improbitatis insignia specimina eduntur. Utrum *morti proxima* sit, ceu Lynckerus cit. loc. tradit, non definio, quum condemnatio ad *operas publicas* in forta-

litiis, et poena *perpetui* carceris multo proximior sit capitali *Artic.* X. et CCI. *C. C. C.* Ipsa ratio poenae magis in *existimationis* acerbiore suggillatione, quam in *doloribus* corpori illatis, quaerenda, etsi e respectu ad hos habito, vulgo *corporis afflictiva* audiat. Nam sensus dolorum praecipue in hominibus robustioribus est fere transiens, et facile vincitur graviore ignominia, quae huic cohaeret. Unde, nescio, an calculum mereatur doctrina Auctoris *N.* XXIV. de executione ejus aliquando *leviter* suscipienda, quandoquidem istud moderamen nil mutat in macula, et insigni praejudicio, cum ea conjuncto, quod tamen omne punctum fert, nec *metum abortus* in gravidis tollat, quantacumque cum ea conjungatur praecautio. II. Fustigatio non praecise *dolum* requirit, sed etiam ob *culpam* irrogari potest, modo fuerit lata, et supina negligentia, ut in incendiis ac homicidiis culposis praxis quotidiana docet, Berg. *El. crim. pag.* 3. Sin levior desidia, quia justo durior foret coërcitio haec, in leniore merito acquiescendum III. Utrum *infamiam* inurat, admodum dubium. Vulgo quidem ita judicatur. Vereor tamen, ne *maculam* et *gravata opinio* cum infamia confundatur. Saltim *JCtus in l.* 22. *de his qui notant.* inf. aperte profitetur, non *ictum fustium* sed *caussam* infamare. Cui accedit, quod ob culpam *latam* delicti gravioris ea juste applicetur, ut antea dixi, quae tamen ad infligendam *infamiam* non sufficit, quamdiu de *dolo* non constat, B. Parens *ad ff. tit. de his qui not. inf.* § II. Berg. *Oecon. jur. p.* 65. Quid? quod duriore forte, quam par erat poena, aliquando inflicta, quasi *transactum* cum reo censeatur, ut salva existimatione poenam subeant *l.* 13. §. 7. *eod.* observante Wernh. *P.* V. *Obs.* I. §. I. Interim dedecus, quod subit reus, si hominum opinionem, exclusionem ab *opificiis*, et *honoribus* respicis, parum ab infamia abest, tum quia a *carnifice* fit, tum quia fustigandi simul ad *palum* plerumque alligantur, qui pro *infamante* tantum non ab omnibus habetur. Eoque sensu intelligo Groenewegenium *de LL. abrog. ad cit. l.* 22. qui moribus non tam ex *caussa*, quam *genere* poenae infamiam irrigari, existimat. Ipsa haec dedecoris opinio effecit, ut, IV. hactenus *publice* fustigatum, tanquam putidum membrum, ejiciendum, et ideo *perpetuam* relegationem jam fustuario supplicio conjungendam esse creditum fuerit, in qua haeresi etiamnum sunt judices, ac JCti, ut Auctor recte observat. Etsi vero tot leges, ac praxis forensis satis firmaverint istam poenam, quilibet aequus rerum aestimator tamen fateri cogitur, *finem* poenarum *communem* per eam non obtineri, nec *emendari* facinorosos, imo potius propter contractum dedecus ineptos ad honestum vitae genus reddi, adeoque, ut ulterius famosis actionibus se exerceant, ultro adigi, quin imo ob conjunctam *relegationem*, securitatem publicam in ambiguum discrimen conjici, dum, qui ex una provincia conjiciuntur, in aliam ad nova molienda mittuntur. Ita recte judicat Valentinus Wintherus *in Parthen. litigios. Lib. II. C. XII. Rebus publicis*, inquit, *hoc deploratissimo seculo optime consultum putamus, si fures ob furta simplicia pecu-*

niaria, non fustigationibus, suspendiis, relegationibus, aut aliis atrocioribus poenis afficerentur, sed ad operas publicas praestandas damnarentur. Fustigatio enim, oder dass Ruthen aushauen, ist die erste Weihe zum Galgen, qua fures magis ad furta invitantur. Excluduntur quippe ob infamiam ab omni honesto commercio et nullibi tolerantur. Ergo ad furta et latrocinia magis magisque alliciuntur. Nec exilium rei publicae conducit. Unguentis enim hoc remedium simile est, quibus scabiei medela adfertur. Per momenta illa sanant quidem, sed corpore intus malis humoribus affecto, statim morbus regreditur. Et sane ita fieri videmus, quod exules coelum, non animum mutent, sed exclusione hac ignominiosa irritati, subinde ad pecora prolabuntur, patriam infestent, prodant, novaque semper litigia excitent. Non multo aliter judicant B. Parens *T.* II. *Cons.* MCVII. *N.* XIX. Kress. *ad Artic.* CXC. *C. C. C.* §. *IV.* Bodin *de abus. fustigat.* Quae nova subinde ingravescens doctrina effecit, ut ipsi legislatores hinc inde non modo parciores fuerint, in fustigatione praescribenda, verum etiam eam aut *proscripserint* penitus, aut ad utilitatem publicam magis *temperandam* esse jusserint. Dudum eam exulare in judiciis esse voluit Dux *Wurtenbergensis* et novissime *Elector Brunsviceusis*, abolito simul palo ignominioso. In terris Austriacis Carolus VI. ab *indigenis* eam prorsus removit, contra *extraneos* ibidem peccantes admisit, teste Kressio *c. l. In* terris *Borussicis* per edictum *Anno* MDCCXLIV. fustigationi demta relegatio, sapientique Consilio, ne ejus furfuris homines novis machinationibus publicum infestent, cum ea condemnationem ad *opus publicum* semper conjungendum voluit Augustissimus legislator. Plane, ubi adhuc in usu est fustigatio, interpretatio per *aequitatem* suadet, ut propter caussas supra relatas paulisper constringatur nec I. facile in iis locis dictetur, ubi *ergastula*, vel aliae occasiones facinorosos *operis* publicis addicendi, in promtu sunt, vel saltim, ut loco relegationis, ad operas istas remittantur. Nam fustigatorum relegatio, si Saxoniam exceperis, nulla lege certa, sed sola imitationes juris Saxonici et facti *observantia* nititur, quae non obligat ad retinendam, quae huc usque ex mero *arbitrio* usurpata, conjunctionem exilii, sed ex laxiori judicis potestate supplicia pro salute publica temperandi, permittit surrogationem accessionis magis proficuae. Aliud de *commutatione* totali, et promiscua conjunctione fustigationis cum condemnatione ad operas publicas dicendum, quandoquidem haec posterior *nova* poena est, ex *legislatoris* mero arbitrio imponenda, et sic quantacunque demum utilitate se commendet, a *judice* non surroganda, aut addenda, quoties lex clare *solam* fustigationem definivit, ceu recte observat Leyser *Sp.* DCXLVIII. *M.* XIV. Id facilius admiserim; ut II. ubi spes *emendationis* in certo subjecto peccante apparet, judex, lege cessante, arbitrium suum non facile *extendat* ad fustigationem, sed quantacunque rigorem natura delicti requirit, illum ad *alias* poenas proferat, quae reum non prorsus *in-*

habilem reddunt, suo tempore vitam honestiorem agendi. Denique III. rationem *personarum* in poenis extraordinariis, maxime ignominiosis, haberi, et intuitu harum arbitrium judicis reviviscere, ad unum omnes consentiunt, Theod. *Coll. crim. C.* X. *Aph.* IV. Quid ni ergo legem, quae fustigationem delicto imponit, ita temperari posse dixeris, ut alia non multo lenior ob conditionem personarum, quibus fustigatio *intolerabilis*, imponatur? Usum haec observatio potissimum habet, si *opifices* ob delictum in jus vocati, quos hujusmodi poena in totum a professionis exercitio arcet, alia autem non multo dissimilis, in eligendo meliori vitae genere, non turbat, nec perinde ac prior ad *pejora* invitat. Unde nisi improbitatis gradus *exemplum* requirat, a fustigatione contra opifices abstinendum, et relegatio in *ergastulum* potius substituenda. Multo major ratio in *natalium* splendore, vel *officio* quod reus gerit, *publico*, quaerenda, quibus si aeque ac humilioribus fustes parares, voluntatem legislatoris *praesumtam* prorsus excederes. Fatetur veritatem doctrinae Berg. *p.* 25. et nominatim legem de fustigatione edicentem in viro *nobili* de *manus truncatione* accipiendam esse tradit, quod eatenus, quatenus alia poena substituenda, admitto, contra quoad *membri abscissionem* probare nequeo, tum quod haec longe durior foret priori, et sic temperamentum praesens reapse everteret, tum quod dentur delicta a legibus fustigatione vindicata, quae non tam *improbitatis*, quam *imbecillitatis* humanae sunt argumenta, et sic in altioris gradus, ac *honestissimos* homines cadunt, quos tam infaustis suppliciis corrigere velle, humaniori jurisprudentiae repugnat. Nominatim lex Saxonica matrimonium cum *fratris vidua* fustigatione coercet, contra eam vero, si a personis honestis vel in dignitate constitutis peccatur, nescio, an non salva legislatoris voluntate, poena legalis ita commutanda sit, ut potius pecuniariam, quam talem conditioni suae intolerabilem poenam subeant, uti fateri cogitur Lyncker *Resp.* CXXVI. *N.* LX. vid. *infr. Qu.* CL. *Obs. fin.* Praeter fustigationem in foris nostris refugium patet ad *privatam virgarum castigationem*, quae cum priori non confundenda, sed ab ea distinguenda, dummodo caveamus a differentiis, quas nonnunquam comminiscuntur apparentibus. In eo diversam naturam agnosco, quod haec I. relegationem *perpetuam* per se conjunctam non habeat, nec reum, ut locum in quo deliquit, deserat, simpliciter cogat, observante Bergero *p.* 355. II. Quod paulo *honestior* sit, minusque opinionem gravet, quam publica eaque *solemnis* fustigatio, maxime si non a *carnifice*, sed *apparitoribus* judicii, vel alia persona haud maculata executioni datur, quam ob rem, ut existimationi reo consulatur, quoties eam ex lege scripta imponere fas est, nonnunquam persona *executoris* in sententia determinatur, isque appendix tanquam cautela commendatur a Donauero *Resp.* V. *N.* II. Utrum vero haec ex classe *poenarum* relegari, et in eo a fustuario supplicio distingui possit? valde ambiguum est. Certe Leyserus *Sp.* DCXLVIII. *M.* XI. hanc sententiam profitetur, causatus, eam magis *emendationis*

et *admonitionis*, quam *vindictae* caussa applicari, et superesse aliquod inter poenam, et castigationem *discrimen*, tum ratione *personae* quae poenam fustigationis sumit, et jurisdictione pollere debet, quum econtra castigatio etiam a *patre* vel *domino* fiat, tum ratione *modi*, qui ibi publicam expiationem requirit, quum in castigatione omnia in *aperto* fiant. Verum uti a castigatione domestica ad praesentem, qua I. auctoritate *judicis* II. per modum *sententiae* III. propter *delictum* publicum et sic IV. simul *vindictae* caussa suscipitur, male arguitur; ita modus seu executio vindictae publicae, non ingreditur essentiam *poenae*, nec impedit, quo minus castigatio, etsi in aperto suscipienda, nihilominus rationem *poenae* habeat, quum alioquin ipse *carcer* poenae qualitatem amitteret. Manet potius omne *malum* ob delictum a *judice* impositum vera poena, sive clam, sive palam quis id subeat, quum *modus* habendi non variet rem, contra castigatio privata ad *excessus* in statu *familiae* commissis pertineat, praeterea sine praevio processu, et sic de plano, solius emendationis caussa suscipiatur. Ejusdem conditionis est Bergeri sententia *El. crim. p.* 354. quod jus Saxonicum magistratibus fustium ictum in *mulctam* vertere permittens, et ad pios usus impendendam jubens, ad *privatam castigationem* protrahi nequeat, adeoque, si haec in mulctam mutatur, haec lucro magistratus cedat. Nam id erroneo principio, quod castigatio privata judiciis *poenae* rationem non habet, nititur, quo remoto, conclusionem claudicare oportet. Denique a fustigatione nostra differt militaris poena, qua a commilitonibus pedites *virgis*, equites *fustibus* publice caeduntur: *Gassen lauffen.* Neque enim cum ea *ignominiosa missio* conjungitur, neque per lictores fit, neque rei ad infamem palum exponuntur, neque ignominiam conciliat.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXIX. N. 34

Relegationis cum fustigatione conjunctio, ratio.

Ex indole poenae corporalis haec conjunctio repeti nequit, quum ejus conditionis esse virgarum castigationem privatim factam, ex Obser. praeced. constet, cui tamen relegationem aliquando annecti solere, ipse Auctor *N.* XXVI. asseruit. Quid? quod abscissis digitis, Scabini Lipsienses saepe solam *temperatam* relegationem dictasse, ex *Qu.* XLVII. *N.* XIV. *seq.* appareat, certo argumento, eam conjunctionem non esse *perpetuam*, aut absolute necessariam. Lex scripta certe eam in rem nullibi lata. Ne Saxonicae quidem constitutiones, quae in foro criminali facem praeferunt, aliud evincunt. Illud saltim argumentum, quod legislator Saxo relegationem perpetuam interdum cum utraque *fustigatione* et *manus abscissione* conjunxit, ut utrique *perpetuo* copulanda sit, non arguit. Forsan ab infamiae nota ratio repeti potest, cur proscribendum talem reum, consortio civium indignum, JCti duxe-

rint. Verum neque hoc argumentum stringit, quandoquidem *arbitrariae* poenae, ex quorum numero haec est, sua naturae infamiae odiosos effectus civiles non contrahunt, Hart. Pistor. *Obs.* CLXXVII. *N.* XXXIII. nec ictus fustium *per se*, praeter existimationis suggillationem, quid operetur. Sola *utilitas* publica, et *prudentia*, quam mulierum *gravidarum* conditio suggerit, praxin conjunctionis istius, maxime in vilioribus suadet, ne lugubris aspectus terreat gravidas, iisque partus mutili tristem imponat necessitatem.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXIX. N. 38.

Manus truncatio num gravior fustigatione? Amplissimus ejus usus variis criminum exemplis illustratus.

Talis est vulgi opinio in foro hodierno, quam, nescio, an confirmaverit *Constitutio Saxon.* XLVIII. *P. IV.* quae *urphedae* violatoribus primo loco *digitorum* abscissionem, iterato vero delicto, *fustigationem* irrogandam indicat. Alia quondam Germanis haesit philosophia, qui manus amputationem *acerbiorem* fustigatione duxerunt, ut eleganter docuit Crell. *de jur. man. in delict.* §. XXXVII. Neque aliud fert ratio poenarum corporalium, quae, quia olim ipsa *membri ademtione* constabant, ut supra observavi, cum fustigatione hodierna nil commune habebant. Atqui poena corporis afflictiva, qualis sine dubio erat *manus truncatio* semper gravior habita illa, quae corpus non affligit. Praeterea solae clausulae, *Hals und Hand*, item, *judicium colli et manus*, in chartis antiquis frequentes, teste Puffend. *de jurisd. Germ. P.* II. *S.* II. *C.* II. §. IX. ad denotandum *supremum* judicium et evincendas *acerbiores* poenas usurpantur. Imo frequens, ac perpetua harum vocularum copulatio satis arguit, nullam aliam fuisse *intermediam*, sed omnes reliquas acerbitate his cessisse. Ex quo autem notio poenae corporis afflictivae ad fustigationem translata, non modo utraque exaequari, verum etiam posterior ob probrosum apparatum in censu *graviorum* haberi coepit.

Ceterum definitio hujus poenae est rarior, nec in Carolina extra crimen *perjurii Art.* CVII. CVIII. *C. C. C.* et furti qualificati *Artic.* CLIX. *C. C. C.* ullibi ad eam provocatur. Tanto frequentius vero ejus mentio fit, in antiquis monumentis Germaniae, quae hunc morem majoribus proprium faciunt, ut, qua *corporis parte* quis peccaret, eadem *dolorem* persentisceret, et sic, quia delicta ut plurimum *manu* committuntur, plerisque hanc vindictam indixerint. Nominatim *pacis* publicae violatores hoc fatum experti, imprimis si *treugas*, fidemque publicam factis funestis fregissent, ut constitutio Friderici II. apud Albericum *ad A.* MCCXXXIV. docet. Similem in modum is, qui alterum contra pacis edictum *vulneraverat*, manus amputatione facinus tulisse, cum Fridericus 2. *F. XXVII.* tum *Elector Saxoniae Const. XLIII.* sanciverunt. Nec multo aliter in eos

animadversum, qui securitatem locorum *privilegiatorum* pessumdantes, in *palatiis* principum aliquem pulsarunt, Carpz. *Qu.* XL. *N.* III. Conspirant cum his Datt. *de pac. publ. Lib. I. C. XVII. N. XXX.* Knipsch. *de jur. civit. Imper. L. II. C. VIII. N. II.* Fritsch *de palat. Princip.* eamque vim ex stilo medii aevi appellatione, *Burgbrech* venisse referunt. Nonnunquam viarum obsessoribus hanc legem scriptam fuisse, ex *Const. Saxon. El. XIII. P. IV.* apparet, quemadmodum scabinos in hos, qui personis, communi saluti intentis, in specie portarum *vigilibus*, vim fecerint, manus amputatione animadvertisse, Colerus *P. II. Dec. CLV. N. XXXIII.* testatur. Nonnunquam homicidium ita vindicatum in Saxonia fuisse, docet *Const. Elect.* VIII. X. *P.* IV. et Auctor *Qu. XXX. N. XXXIX.* De procurato abortu ita vindicta praejudicium prostat apud Richterum *vol. II. Cons. CCCXLIV. N.* XXV. Frequentior adhuc usus in injuriis realibus, veluti vulnerationibus gravioribus fuit, ut ex legibus *Wisigothorum Lib. IV. Tit. IV.* apud Lindenbr. *p.* 128. *Longob. Lib. I. Tit. VII. N. XVIII. Burgund. Lib. I. Tit.* XV. *Spec. Sax. Lib.* II. *Art.* XVI. discimus. In specie injuriae magistratibus illatae manus jactura expiantur in *Const. Elect. Sax.* Et inter *milites* haec hodienum notissima, quoties praefectis obsistunt, manuque eos vulnerant, Ludov. *Kriegs proc. p.* 201. Schvvarz. *decis. milit. in Corp. jur. milit.* Taceo crimen *falsi*, cui manus amputationem minatus *Lex. Lang. Lib.* I *Tit.* XXIX. §. I. et *Lib.* II. *Tit.* LI. §. X. *Tit.* LV. §. XXXII. *Wisigoth. Lib.* VI. *Tit.* V. §. I. eique respondet testimonium Mathaei Parisiens. *A.* MDCXXV. apud du Fresne voce: *falsum*, secundum quod monetae adulteratores manus abscissione mulctatos olim fuisse refert. Saepe manus amputatio vicem *exasperationis* sustinet, et supplicium capitale immediate antecedit, ut apparet ex *Theatro Europ. T.* VII. *p.* 80. Lunigio *T.* I. *C. Diplom. p.* 1771.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXIX. N. 49.

Rarior usus aurium narium resectarum. Effossio oculorum incognita. Linguae abscissae praxis.

Pertinet huc quoque *narium, auriumque* refectio. Prior mores *Constantinopolinatorum* sapere videtur, ubi, adulteros et stupratores eam subiisse, constat ex Harmenopulo *Lib.* VI. *Tit.* II. §. XIV. et XXV. *Tit.* XXXIV. Transiit postea ad occidentales, inter quos aliis criminum reis *communis* facta, vid. *lex Wisigothorum Lib.* XII. *Tit.* III. §. IV. *Langob. Lib.* I. *Tit.* XXV. §. XXI. du Frene Glossar. voce: *denasatus.* Nonnunquam furta a mulieribus commissa ita coërcita. Idem voce: *furca.* In specie ad lenones tracta, ceu ex *Art.* CXXIII. *CCC.* apparet. vid. Stryk. *de jur. sens. D.* III. *C.* V. Posterioris non pauca extant vestigia, collecta a Hennelio

in otio Wratisl. C. XVII. Doeplero *P.* I. *C.* XLIII. Neutrum forum hodiernum recepit, quia publica salus utrique repugnat, dum ipsi, rei hac ignominiosa poena multati, ad pejora delicta excitantur, mulieres gravidas vero lugubris aspectus personarum ita signatarum terret, atque vel *abortum* procurat, vel partibus *monstrosis* dat occasionem. In foro *militari* nonnunquam ejus ratio habetur, contra *desertores*, ut ipsae legis militares comprobant Lonig. *Corp. jur. milit. p.* 909. *et* 912.

{Effossio *oculorum* genus tristissimi et truculenti supplicii. Saepius contra majestatis reos a *Graecis* Imperatoribus usurpata, teste Gundl. *ad l. Majest. C.* II. § XII. a Francis adoptata, et in Germania hinc inde applicata, ut variis exemplis probat. Kress. *ad Artic.* CLIX. §. V. *N.* III. cum Doeplero *Cap.* XLI. Equidem probavit illam Carolus in furto qualificato *Art.* CLIX. sed tantum abest, ut in haec dura verba jurent judices nostri aevi, ut eam potius tanto magis cohorreant, quanto certius est, antecessores dudum ad *non usum* provocasse, ut ex professo docuit Kress. *c. l.* Quem enim, vel minimo humanitatis sensu donatum, non revocaret intolerabilis saevitia, qua excoecati sibi ipsis, et publico, dum vitam trahunt, sunt onerosi, et ad omne genus actionis inepti?

Linguae abscissio duplici modo fit, altero cum per *cervicem*, altero cum per *os* extracta truncatur. Nonnunquam sola applicata, plerumque cum poena capitali conjuncta, ceu exempla apud Doeplerum *C.* XLVI. docent. Leges Imperii recentiores, usum ejus in *blasphemia* probasse videntur, ut supra ostendi. Directo eamdem in coercendo hac reatu probat *Ordin. Austriaca* notante Kressio *ad Art.* CXCVIII. Verum inter protestantes ob nimiam acerbitatem usus ejus fere exaruit, adeo, ut etiam blasphemis aliud parari soleat supplicium. Addi his potest *stigmatis* dorso, vel fronti facta inustio, nec non condemnatio ad *operas* publicas *fortalitii*, de qua Obs. seq.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXX. N. 12.

Carcer custodiae, vel contumaciae coercendae vel poenae caussa impositus.

Carcer custodiendis reis comparatus ad impediendum fugam tendit, de quo *Qu.* CXI. actum. Praeterea constituit medium contumaciam eorum, qui quod officii sui est, non faciunt, coercendi, quo respectu actus non est jurisdictionis, sed ex jure cogendi fluit, iis etiam proprius, qui, quamvis jurisdictione careant, jus cogendi tamen in homines *proprios* inobedientes, et contumaces habent, quales in *Westphalia* sunt nobiles, teste Meindersio. *de jurisd. Colonar. p.* 42. *et* 84. Unde hoc sensu vocatur *der Gehorsam*, vel si clericos immorigeros officii sui admonet, *der Priesterliche Gehorsam.* Pertinet huc *lex Norm. P.* I. *C.* VIII. §. XIII. apud de Ludewig *in Reliq. med. aevi. Unde nec aliquis in Normannia hominis sui corpus potest, nec de-*

bet prisoniae mancipare nisi coram eo de latrocinio fuerit consecutus vel in praesenti deprehensus, vel EJUS SERVIENS fuerit. Eoque tendunt statuta *Spirensia* apud Lehman *Chron Spir. Lib.* IV. *C.* XVI. §. XXIX. ubi, qui in poena subeunda refractarii sunt, in *carcerem* conjici dicuntur, *aber git sie die Penen nit, man soll sie darumbe vahen und halten in der Prisonen, bis sie das thut, das sie thun soll.* Denique et *ultionis* vicem sustinet carcer, ad expiandum delictum, quo casu solius *poenae* rationem habet. Justitiam ejusdem dudum agnoverunt majores et inter hos *Visigothi*, quibus detrusio *L.* III. *Tit.* V. §. V. retrusio *Lib.* VI. *Tit.* II. §. III. audit. Patet id ex ejus descriptione. *Quos tamen judex ne ulterius evagantes talia facere promittantur in retrusione faciat esse, ut ibi accepta veste, atque substantia ita vivant, ne viventibus nocendi aditum habeant.* Gemina his est retrusio in *Bastonicum*, cujus mentionem faciunt *capitularia Lib.* VI. §. XCVI. Bastonicum interpretantur *Glossaria de arcta custodia*, speciatim Spelman repetit a gallico Baston, fustis, baculus. Unde; *Bastioniren*, idem ac plagis coercere. Nam in ergastulo imprimis perpetuo, seu Bastonico, male feriati operis vacant, et vapulant, quoties opus praescriptum non emensi. Meminit quoque carceris poenae *lex longob. L.* I. *T.* XXV. §. LIV. et jus canonicum *Cap.* 3. *de poenit.* 6. Repetit eamdem Carolina, si ad *tempus* certum restricta *Artic.* CLI. et CCXVI. *C. C. C.* sin in perpetuum decreta *Artic.* X. *C. C. C.* Neutro casu *corpus* affligit, sed libertatem naturalem tantum restringit, eaque ex ratione ab interpretibus a corporali distinguitur, Berg. *El. crim. C.* I. §. VII. Perpetuus carcer, in effectu spectato, ad corporales refertur, in primis si in fortalitiis assignatus, et cum operis *publicis* conjunctus, quod vel inde apparet, quia is alicubi, ut in terris Luneburgicis ac Brunsvicensibus, in locum fustigationis sublatae, surrogatus est. Solet quoque carcer, quatenus poenam involvit, distingui, ut cum meris *aquae* ac *panis* nutrimentis conjunctus, vel *mollior*, cum vel sine *carena* dictus. Debetur haec distinctio juri canonico, quod delinquentibus peccati remittendi caussa poenitentiam externam in jejuniis et abstinentia imposuit, et saepe cum ergastulis, inprimis quoad clericos, conjunxit. Unde praxin analogam postea repetierunt fora criminalia, B. Parens *Jur. Eccles. L.* III. *Tit.* XLVI. §. XLIII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXX. N. 29.

Relegatio a superiori judice decreta ad integram provinciam, ab inferiore, ad districtum restricta.

Id prono alveo fluit ex communi principio, quod potestas ultra *districtum* jus dicentis non porrigatur. Quum itaque principis imperium per *omnes* terras parentes se extendat, non potest non relegatio a dicasteriis superioribus, et sic

quod his proprium, *nomine* principis decreta, effectum ubique habere. Par ratio est praefecturarum, quae semper nomine auctoritateve superioris pronuntiant, ut non opus sit restrictione Brunn. *ad l. 7. de interdict.* quasi ab his relegati, eo solo casu nullibi sub eodem principe morari possint, quo *nomine* principis ejecti. Contra cum nobiles, civitatesque jurisdictione donatae *suo nomine* pronuncient, non ulterius, quam quoad districtus patet, relegatio effectum producere potest. Idque priori casu, cum ex potestate per *integrum* territorium patente, tum ex voluntate praesumta, quod superior velle praesumatur, ut non una tantum urbs, sed integra provincia malis hominibus purgetur, quum e contra respectu magistratus inferioris potestas deficiat, etsi voluntas adfuerit. Unde prior *Landes*, posterior *Gerichts-Verweisung* audit. Berg. *El. crim. p.* 32. Idque ratione judicum subalternorum tam stricte servandum, ut ne quidem viam *regiam*, quae a districtu judicis ordinarie excepta, complectatur sententia, sed relegatus in ea impune delitescere possit, nisi sub vinculo jurisjurandi judice prohibeatur, ne intra certa milliaria circum circa delitescat, quo casu per *indirectum* relegatio terminos ordinarios excedit. B. Parens *ad ff. Tit. de interdict.* §. VI.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXX. N. 54.

Relegatio temporalis, perpetua. Emigratio, exilium.

Hoc de relegatione *perpetua* capio, qua quis prorsus numero civium ob delictum eximitur. Sin *temporalis* fuerit, jura civitatis in suspenso manent, et post reditum, pleno jure a reo recuperantur. Distinguendum tamen, quoties de perpetua relegatione quaestio incidit, inter jura *communia* et provinciae vel civitatis *particularia*. Illa semper salva manent, qualia sunt jura *connubiorum*, *commerciorum*, *testamentorum*, *successionum*, *patriae potestatis*. Ista enim non legibus provincialibus, sed totius Germaniae universalibus fundata, nulli civi Germano, tametsi quoad provinciam peregrino, deneganda. Haec contra omnino pereunt, sub quibus intelligo, quibus aliarum provinciarum incolae haud fruuntur; aut quae in usum peculiarem civium invecta, peregrinis aut e civitate pulsis negata, quorsum *retractum* alicubi refero. Fluit haec dispositio ex *triplici* jure civitatis in Germania, quorum primum *imperiale* audit, iis proprium, quos una eademque Imperii majestas subjectos sibi per omnes Imperii provincias habet, a jure communi non aliter, quam *banno* imperii excludendos: alterum *provinciale*, quod civibus commune, qui sub eodem principe in eadem provincia degunt, tertium *munici-*

pale, quod in usum civium alicujus civitatis tantum invectum, Scilt. *Ex.* III. *Th.* VII. *seq.* Haec si perpendisset Bergerus *in El. crim. p.* 33. contra hanc distinctionem calamum non strinxisset, relegatosque nullo prorsus jure in civitate, unde ejecti, frui, haud scripsisset. Neque aliud infert, ad quam is provocat generalis et ad nullum *locum* restricta disposito *l.* 4. *de interdict.* Nam jus civium apud Romanos non multiplex, sed *unum* erat, nimirum illud, de quo *l.* 17. *de stat. homin.* agit. Hoc si amittebatur, totum peribat, sin salvum manebat, ut de relegatione sancit Marcianus, integrum servari oportebat. Germani vero non possunt non *diverso* jure frui, postquam iis *triplex* jus civitatis, et sic totuplex peregrinorum conditio nota. Atque hanc sententiam recte defendit Leyser *ad ff. Sp.* LX. LXII. *Med.* VII. imo, ni me omnia fallunt, ea illa ipsa est, quam tuetur Titius *in jur. priv. Lib.* VIII. C IV. §. X. A relegatione differt, et civium jura salva conservat, emigratio *die Landes-Raumung*, qua reus non turpiter ejicitur, sed sponte abesse jubetur, paulo honestius tractatur, et plerumque ad tempus tantum abesse cogitur, qualis olim in Germania, inprimis homicidio peracto, frequens, ad *annum* restricta, ne odium consanguineorum transactione sopitum recrudesceret, ut patet ex statuto Ilmensi apud Schilt. *Ex.* XLIX. *Th.* CXVII. Francofurtano apud Perill. de Senkenb. Select. *jur. et Hist. T.* I. *p.* 6. Verdensi *Art.* CLXX. apud Puffend. *T.* I. *Obs. forens.* in append. Praeterea nota emigratio ob diversam *religionem*, cui satis prospexit, et, ne ullo modo in praejudicium juris civitatensis, vel provincialis fieret, sollicite cavit *Instrum. Pacis Art.* V. § XXXVI. *seq.* Plane *exilium*, quia ignominiose fit, et *bonorum* confiscationem conjunctam habet, mortique civili annumeratur, omnem omnino jurium usum in Germania adimit, quod indicat clausula codicilli Frid. I. *de A.* MCLVI. apud de Ludewig *T.* II. *Reliq. p.* 193. *verberatus ac tonsus e civitate ejiciatur nunquam reversurus.* Notabant enim, et *capillis* privabant eos, quos communione indignos judicaverant, majores, ex quo, cum infamia oriri crederetur, non poterat juris civitatensis, quod plures specialiter copulaverat, communio salva manere. Neque alio fine in chartis exilium inter poenas *graviores*, mox *post capitales* refertur, corporalibusque *praemittitur* apud du Fresne voce: *sanguinis* ibi *in criminibus quae mortem, exilium, vel membri abscissionem vel ademtionem omnium bonorum infligunt*, quam ut evinceretur, ea jura, quae corporalibus poenis propria multo magis exilio, morti proximo, esse communia. Hodie quidem exilii poena rarior, vere tamen inest banno Imperii, per quod quis in statum veterum *peregrinorum* detruditur, et sicut dictum, civitate *Germanica* in totum excidet, Gail. *Lib. II. P. I. N. II.* IV. deterior *deportato*, qui sub Imperii ditione ac tutela manebat, quum proscriptus exitio omnique violentiae expositus sit. *A. B. C.* I. §. II. *Ordin. Cam. P.* II. *Tit.* IX. §. *So jemand.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXI. N. 6.

Liberos ob delictum paternum puniri durum. Heredes ad quas poenas ob delictum defuncti obeundas obligentur? Non sola litis contestatio, sed sententia contra defunctum lata heredibus nocet.

Liberos delicta *parentum* luere, tam ab humanitate alienum, ut Seneca *de ira C.* XXXIV. recte scripserit, nil iniquius esse quam *aliquem heredem paterni odii fieri.* Neque enim prohiberi parentes a liberis possunt, quo minus delinquant, neque ulla ratio juris probat, ut obligatio ex facto *illicito* ad alterum transeat. Quumque infamia in numero *poenarum* sit, consequens est, ut ne quidem *maculum* liberis infligat delictum paternum, *l.* 16. 20. *de poen. l.* 22. *C. eod.* Quod itaque in crimine *laesae Majestatis* aliud statutum, ad exorbitantia, et quae ex sola ratione *politica* in hoc gravissimo crimine invecta, referendum. Sunt equidem, qui varia argumenta pro excusanda *justitia* hujus poenae proferunt, Puffend. *de J. N. et G. Lib.* VIII. *C.* III. §. *f.* Thomas. *ad Strauch. diss. ult. Th.* IV. Rink. *de poena sine culpa C.* III. §. XIX. Nam magis concludunt, quae in contrarium proferunt. Grot. *de J. B. et P. L.* II. *C.* XXI. § XIII. Ziegler *de jur. Maj. Lib.* II. *C.* II. § LXII. Non alia ratio est heredum, qui in jus quidem defuncti succedunt, non in ejus injuriam, *l.* 20. *de poen.* si quae harum est obligatio, ad poenas mere *privatas*, super quibus per litis contestationem *contrahi* potest restringenda. Criminales vero, seu per quas publico satisfit si vitam adimant, corpus affligant, existimationem laedunt vel commoditatem restringunt, cum morte delinquentis expirant, ut ne quidem *litis contestationis*, seu quasi contractus, tanquam in re *publici* arbitrii, habenda sit ratio. Solarum poenarum, quae patrimonium afficiunt, diversa est indole, quorsum poenam fiscalem pecuniariam, et confiscationem bonorum refero. Utraque enim, reo post condemnationem decedente, vel ideo heredi praejudicat, quia ex ipso *judicato* jus perfectum nascitur, qui nemo satisfacere potest, quam qui ipsa *bona* possidet, et in universum *defuncti* obligationem transmissibilem succedit. Sole clarius id ex *l.* 20. *de accusat.* apparet, quae in sola *litis contestatione* non subsistit, sed cum ea *condemnationem* praecise ad producendam obligationem conjungit. Neque enim obest, quod in hac lege tantum de *bonorum confiscatione* agatur, adeoque in pecuniaria poena imminente sola litis contestatio, non praecise condemnatio sufficere videatur, uti ratiocinantur Lynker. *Resp.* LXIII. *N.* IX. et Rink. *de poen. fine culp. C.* IV. §. XVIII. Nam ratio decidendi non in sola gravitate confiscationis, sed in qua-

litate poenae *publicae* ad quasi contractum ineptae, quaerenda, quae ita comparata, ut ad poenam quamcunque pecuniariam fiscalem trahi possit. Ita rem docte expedivit DE COCCEII *de obl. hered. ex del. defuncti*. Condemnationem intelligo *veram*, quae pronuntiante judice per *sententiam* facta, praeterquam, si quis morte *voluntaria* se subtraxerit cognitioni criminis, cui *confiscatio bonorum* imposita, qui *velut confessus* pro judicato habetur, ut fisco ipso momento jus nascatur, bona sibi asserendi, ne reis via pateat in fraudem fisci ad hoc scelus provolare. Ita intelligo *Art.* CXXXV. *C. C. C.* qui abscisse talia bona judici addicit, et hoc ipso contra regulam in aliis delictis probatam, fictae confessionis rationem habet, B. PARENS *de expens. crim.* C. II. §. IV. Eadem fuit sententia Romanorum ut ex *l.* 3. §. III. *de bon. eor. qui ant. sent.* apparet. Adeoque singulare est exemplum *Linicii Marci* repetundarum rei, cujus liberi, non obstante patris voluntaria morte, ad eludendam damnationem electa, ab inopia rei familiaris vindicati, referente VALER MAX. *Lib.* IX. C. XII. *Num.* VII.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXI. N. 14.

Destructio aedium in quibus delictum commissum, non certis delictis tantum propria.

Hujus detestationis publicae in res inanimatas decretae, non pauca extant monumenta. Jam Romanos ad delenda sceleris vestigia, *domos* saepenumero confringi curasse, auctor est SCIPIO GENTILIS. *L.* III. *de jurisdict. Cap.* VI. Eadem contra vim *puellis* illatam professi sunt majores, dum *eades*, in quibus delictum commissim, diruerunt, et animalia omnia praesentia necarunt, *J. P. S. L.* III *a* 1. *Weichb. Art.* XXXVIII. *Spec. suev. cap.* CXV. CCCL. Nominatim jure Ditmarsico, qui noctu effractis aedibus, hominem, occidit, additur vero in detestationem insidiarum, *und sin huss schall man bernen* ILL. DE WESTPHAL. *T.* I. *p.* 2009. In crimine perduellionis hodienum solo adaequari aedes criminis rei, testis est STRYCK. *U. M. Tit. ad l. Jul. Maj.* § VIII. Simile animadversionis exemplum in casu immanissimi parricidii, habes apud THEODORICUM cit. Quid? quod nostra aetate de aedibus assassini diruendis pronunciaverint Giessens apud HERT. *Resp.* CCCCXXXIII. Ita vero apparet, istam memoriae damnationem late patere, et ad nullam certam delicti speciem restringi, sed ex more vetusto cuicunque gravioris criminis supplicio valide accedere posse.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXXI. N. 43.

Poenae capitalis in cadaver rei decretae. Executio in effigie corporis afflictivis poenis vix propria.

Poenam in *cadaver* statui non posse, ipsa recta ratio docet, cum sit malum *passionis*, quod reo mortuo, sensu destituto, imponi nequit. Quidquid in cadaver statuitur, *detestandi* facinoris est argumentum, quod facilius *animadversionem*, quam *poenam* dixeris, quatenus per illam intelligitur factum, quo merum taedium, merusque horror adversus delictum commissum aliis injicitur, non *ultio*, poenis propria, suscipitur. Quumque in hoc non quidem unicus, ast non *postremus* poenarum finis consistat, ut quovis modo praecaveatur, ne *simili* delicto sese contaminent, sed vivida persuasione quilibet cohibeatur ab ejus executione, non inepte invaluit in foro criminali, ut *schema* quoddam *detestationis* in cadaver ejus, cujus factum sceleratum liquidum et vindicta dignum fuit, decernatur. Atque hac sola ratione praesentem doctrinam admitto, cui et hoc suffragatur, quod leges nonnunquam *memoriam* defuncti *damnari* jubeant, certissimo argumento, ejusmodi publicum monumentum, quod unice respectum habet ad *alios*, et non tam vindicat, quam abominatur scelus, probari. Quumque damnationem memoriae in gravioribus tantum probaverint, non inepte cum Auctore praesens executionis genus ad sola *atrocissima* restringitur, quae quia *extraordinariam* malitiam ac laesionem connexam habent, extraordinariae *animadversioni* quoque subsunt. Talia sunt, quibus *saevum* supplicium dissertionis, rotae, incendii, scriptum, non quibus decollationem leges minantur, nec ubi suffocatio in aquis praescripta, eo, quod neutra sensus aliorum movere soleat, si subjectum deest, quod dolorem sentire potest, imo potius alios ad risum et cachinnum commoveat, et sic in *inane spectaculum* degeneret. Quid ergo si ob furtum suspendium imminet? Equidem delictum hoc in numero atrocissimorum non accenseri constat. Quia vero haec non est minima pars praesentis supplicii, ut rei suffocati cadaver *publice* e patibulo ad deterrendos alios pendeat, adeoque supplicium non transiens, sed *perdurans*, et ex hac ratione contra absentes recte in effigie fieri possit, ut docuit Fromman *de execut. in effigie*, nil obstare videtur, quominus ad illud regulae auctoris, de animadversione in cadaver sumenda, applicari queant, et sic executio poenae, cui in totum satisfieri nequit, in *tantum*, ex parte sumatur. Ita vero supersedere possumus ratiocinio Ziegleri *de poen.* § VII. dum corpus inanime de crimine *participare*, et hac ratione executioni poenae, quam vivus subire debuisset, subjacere existimat. Nam *corpus* quidem *animale* seu *homo* in quo principale fundamentum adest, ex quo crimina censetur, et imputatio pendet, particeps sit delicti, non *cadaver*, sensu destitutum,

quod, quia anima humana privatum, ineptum ad recipiendam vel minimam particulam *reatus*: alioquin dicendum foret, etiam *bruta* vel res *inanimatas*, si in caussa fuerint perniciei humanae, a reatu et vindicta participare, quod absurdum.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXII. N. 83.

Regula: poena major absorbet minorem, sub examen vocatur.

En! speciem doctrinae in cerebro Doctorum natae, et solo *auctoritatis* praejudicio propagatae. Non nudius tertius, sed diu haec poenae *majoris* praerogativa ad absorbendam *minorem* in foris criminalibus efficax credita, primum ab JCtis *Italis* defensa, post in *Germania* instar regulae adoptata fuit, ut paroemia, *wer einen umbringt kan zehn umbringen*, apud HART. *paroem. Lib. I. Cap. CXVII.* docet. Nam multum ab his abludit *Carolina*, quae in casu *fractae* per factum *capitale urphedae*, posthabita digitorum abscissione, in poena *ultimi* supplicii, tanquam majore subsistit, *Art.* CVIII. Praeterea furtum multiplici aggravatione commissum puniri jubet *nach der meisten Beschwerung* CAROLUS V. *Art.* CLXIII. *C. C. C.* Si principia *juris* spectamus, vix est, ut regula illa vulgaris subsistat, quum *singulis* delictis *singulae* poenae competant, et ob *iterationem* delictorum poena multiplicanda sit, ut ipse Auctor *N.* VIII. ex legibus positivis probavit, cui alia ab *utilitate communi* petita ratio accedit, quod alioquin verendum, ut, qui graviore scelere se commaculavit, ad plura facinora patranda excitari posset, si scit, se eam impune laturum, nec ultra poenam, praecedenti delicto propriam, malum aliquod esse subiturum. Unde non sine ratione eam ante vicennium in *El. jurisprud. cr. S. II. C. I. §. pen.* impugnasse mihi videor, quod etiam postea ex professo tentavit LEYSERUS *ad ff. Sp.* DXLIV. *M.* III. caussatus, ipsum CARPZOVIUM errorem vulgarem jam detexisse. Verum ea in re plusculum eidem tribuit, dum Auctor in sequentibus communem sententiam per varias regulas illustrat, et non modo ex solo *usu* forensi, verum etiam ex rationibus *juris N. LXV.* defendere satagit, ut nesciam, an, quod ei paravit LEYSERUS encomium, ipsi conveniat. Ego quidem non absolute usum vulgaris regulae nego. Id enim perinde foret ac CAROLO V. contradicere, ut ex locis antea citatis apparet. Sed in ea indubium *principium*, ad quod *semper* aut *ordinarie* exigi possent caussae criminales, non agnosco. Quidquid veritatis eidem inest ad meram *exceptionem* pertinet, tunc unice applicandam, si vel *impossibilitas* multiplicationem poenarum ultro prohibet, vel ex pluribus *una* ad omnes justitiae fines obtinendos sufficit, et multiplicatio ad inanem et *irrationalem* crudelitatem reditura est. Secundum hanc restrictionem de usu regularum, ab Auctore prolatarum, facile judicium ferri poterit. Circa quas in antecessum moneo, non tam de multiplicatione poenarum ob *idem* delictum, eidem

reo imponendorum, in genere, quam in specie de multiplicatione plurium poenarum ob *multiplex* delictum commissum, hic sermonem esse. Nam id non inconsuetum est, ut unum idemque delictum multiplici poena possit coerceri, ut de perduellione *l.* 5. *C. ad l. Jul. Maj. C. XXIV. A. B.* de perjurio judiciali *Art. CVIII. C. C. C.* docet, adeoque ratio eorum est prorsus aliena, qui pro tuenda opinione communi ad brocardicum: *neminem duplici poena afficiendum esse*, provocant, quod ad solum casum delicti jam *expiati*, sed denuo *retractandi* referendum, ad eum autem prorsus non pertinet, quo simul ac semel multiplex dolus, multiplicato malo puniendus. De solo itaque *concursu* plurium delictorum, quibus *separatae* poenae imminent, quaero, in quo definiendo tanto minus dubium contra cumulationem superest, quanto magis tuto concludere licet: id quod in casu *unius* delicti nec incivile, nec absurdum est, concurrentibus *diversis* delictis cum recta ratione et indole legum positivarum haud pugnare, quamdiu exceptiones supra allegatae, et in utroque jure fundatae, ultro contrarium non suggerunt. Et *prima* quidem regula *N. XIX.* exposita, extra omne dubium quidem posita, quum nemo saepius, sed *semel* mori possit, adeoque *repugnantia* naturalis adsit, eum, qui mortis poenam jam expertus est, *denuo* carnifici *jugulandum* tradere velle. *Impossibilitas* itaque expediendarum simul plurium poenarum *capitalium* suadet, ut una, eaque *asperior* pro omnibus imponatur, et ita ex sufficiente ratione *exceptio* ab obligatione *regulari*, ad singulas sustinendas admittatur. Neque moror Schediasma Treiberi *de poen. gladii post suspend.* quod, tantum abest, ut usum *duplicis* poenae capitalis comprobet, ut potius mera *schemata* contineat, quae poenas capitales quidem repraesentant, reapse non continent, et ad merae *detestationis* monumenta redeunt. *Altera*, aeque ac ratio cum ea conjuncta, oppido falsa est. Naturalis pugna poenae *capitalis*, et *corporalis*, quo minus admittatur, ipsa natura utriusque docet, quum nil obstet capitale supplicium ab eo sumere, cui antea corporalis poena applicata, et exempla quam plurima prostent, ubi post abcissionem *manus*, vel *digitorum*, quae corporalis poenae est, ad *mortem* raptatus delinquens, vid. *El. jurisprud. crim. c. l.* Si qua repugnantia hic adest, illa aut in lege *positiva*, aut *cerebro* Doctorum quaerenda. De priori, et tali quidem lege, ad quam in *universum* species concurrentis delicti capitalis et corporis afflictivi ita exigendae, ut nunquam multiplex, sed una poena vice omnium locum habeat non constat. Quidquid eam in rem *Artic.* CVIII. subministrat, ad casum *specialem* pertinet, ubi per poenam capitalem *plene* saluti publicae satisfit, nec rigore *majori* opus est. Quid enim, si pluribus criminibus quorum unum est capitale, reliqua arbitraria, quis commaculaverit, eaque *singularis* frequentia pleniorum satisfactionem, quam per simplicem poenam capitalem fieri potest, desideret, num irrationalem crudelitatem sapere crederes, reum aut *manu* truncare, aut *fustigare*, et tum *ultimum* de eo sumere supplicium?

Num cit. Art. obstabit, cujus ratio in hac specie omnino cessat? Et quid tandem excipiendum adversus *linguae abscissionem*, prehensionemque per *forcipes* candentes, saepe cum *capitali* poena conjungi solitas? Quid de *manus* abscissione judicandum, cujus in immani paricidii crimine nonnunquam cum poena *capitali* conjunctionem regulis justitiae convenire, tradit Crell. *de jur. man. in poen. p.* 45. Id enim effugium, quod a solo *augmento* poenae capitalis, exasperationi proprio mutuatur, et his speciebus, in quibus non tam augmentum, quam separata poena corporalis adest, opponitur, tam imbecille est, ut magis lusum verborum, quam, veram differentiam poenae *corporalis* sapiat, quandoquidem per istam *exasperationem* reapse corpus affligitur, et simul in vitam quid statuitur quod ad notionem poenae corporalis et capitalis sufficit. Cessante itaque lege, omnia ad *posteriorem* repugnantiam redeunt, praetextu *consuetudinis* munitam, quae tamen tanta non est, ut vincat naturam rei, et contra principia juris communia necessitatem imponat judici, *unam* tantum poenam eligendi, contra absolute injustam efficiat conjunctionem supplicii corporalis cum capitali. Ipse Auctor in casu atrocissimorum criminum talem probat, id autem fieri non potuisset, si ratio a *repugnantia* petita vera esset, quam sola qualitas criminis tollere nequit. Dum itaque in atrocioribus delictis concurrentibus hanc legem admittit, *ipso facto* fateri cogitur, incompatibilitatem affectatam et valde suspectam esse, ipsamque definitionem, quando *unius* poenae *gravioris* applicatio ad finem obtinendum sufficere videtur, vel non, ab arbitrio judicis pendere. *Tertiam* regulam circa plures poenas corporis afflictivas occupatam, officium perdere constat, si de *digitorum* abscissione, et *fustigatione* agitur. Quid ni ergo idem obtineret si ob delicta perpetrata tum *fustigatio*, tum condemnatio ad *triremes*, vel operas publicas fortalitii imminet, quum ratio *diversitatis* solida dari nequeat. Neque insolens est, fustigatorum dorso *stigma* inuri. Comprobat id charta apud Broverum III. *Antiq. fuld. C.* XV. ibi: *qui hujus facti dux et princeps fuerit, tollatur coreum et capilli, et utraque maxilla ferro candenti comburatur.* Geminum est statutum *Stadens* apud Puffend. *T. I. Obs. Append. pag.* 226. *um düve de botar is den ache achte Schillinghe schall men cke to der Stupe slan unde mit nueme slötle de gloyendig sie an sine Wangen bernen*. Idem de praxi hodierna testatur Puffend. *proc. crimin. C. XXIV.* Haec inustio *vera* poena corporis afflictiva est, non solum *augmentum*, sub quo latibulo alias militant, quibus ne ista quidem praxis a professione vulgaris doctrinae avocat. *Quarta* regula, quoad membrum *primum* vera quidem, non tam *universalis*, est ut conjunctionem regulationis temporalis cum digitorum abscissione pro re nata improbet, ceu ipse Auctor *N.* LXXV. fatetur. Quoad ad *alterum* membrum attinet, uti criminalis et civilis poenae *simultaneam* applicationem, ob *idem* delictum, de quo

Glossa ad Spec. Sax. c. l. loquitur, non probo, ita pugnam utriusque, si quis *diversorum* delictorum reus est, et ob unum criminali, ob alterum civili poena punitur, non perspicio. Ne dicam, qualitatem poenae civilis male ad carcerem, et mulctam fiscalem proferri, nec *absurditatem* probari posse, quam sibi imaginatur Auctor, quoties cum corporis afflictiva poena, carcer, aut pecuniaria praestatio conjungitur. Sunt enim hae poenae *arbitrariae*, adeoque ita comparatae, ut, quo usque judici aequum visum fuerit, nec ratio recta refragatur earum applicatio procul ab omni vitio sit. Atque ex eadem ratione *ultimam* regulam non agnosco, sed simpliciter ab arbitrio judicis pendere existimo, quam poenam ex pluribus ad expiationem sufficere, aut credat, aut cum alia *conjungendam* existimet. Neque alia est praxis fori nostri, quae ob diversa delicta *leviora* modo in *una* subsistit, modo *multiplicationem* sustinet, eamque sententiam probat, qua praeter *carcerem* in *mulctam* reus damnatur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXIII. N. 18.

Quotuplices poenae arbitrariae. Poena sub lege tacite comprehensa. Arbitrium in poenis quale? Num omnes poenae arbitrariae? Schilterus castigatus. Fundamentum ad quod exigi arbitrium in applicatione debeat.

Quum poenae arbitrariae, certo jure determinatis opponantur, palam est, eas in *duas* classes abire. Harum *prima* comprehendit eas, quarum determinationem ipse legislator contra certi cujusdam delicti reos, vel *explicite*, vel *implicite* arbitrio judicis reliquit. Illud fit frequentius imprimis in Carolina, non modo in delictis *nominatis* per *Art.* X. CXII. CXIV. CL. CLXXVII. CLXXVIII. *C. C. C.* sed etiam *innominantis*, et sub generali denominatione; *abusus jurium*, comprehensis, veluti abusu potestatis *dominica, patriae, maritalis, judiciariae etc.* quorsum refero *Artic. I. C. C. C.* hoc rarius, et tunc imprimis, quum legislator factum, reprobat, in transgressores nullam, ne generalem quidem poenalem sanctionem proposuit. Vocant vulgo has *imperfectas*, observante PUFFENDORFFIO *de I. N. et G. Lib. I. C. IV. §. XIV.* sed parum accurate. Etsi enim sanctio *poenalis* sit de essentia legis, *l. 7. de LL.* non eo minus tamen dispositio legislatoris sine poena prolata, quoties de *seria* ejus voluntate, factum impro-

bante, constat, *vera* lex defuit. Aut enim princeps pro imperio *praecipit*, aut id agit, ut tantum *cohortetur*, et *consilium* det: ibi sanctionem poenalem *tacite* complectitur, judicique, tanquam ministro legum facultatem *implicite* dat, contemtum vindicandi, quod in *dubio* factum praesumitur *l.* 1. §. 4. *ad SCt. Turpill* hic declaratio voluntatis nomen *legis* prorsus non meretur sed ad *prudentiae* regulam redit, quatenus de superiore hunc animum prae se ferente, aperte constat, ut ex *l. f. de mort. infer. l.* 3. §. 4. *de sepulchr. violat.* TACITO *Lib. II. Annal. C. LXXXV.* GRUTERIO *ad Liv. Lib. X. C. IX.* patet, adeoque neutro casu lex imperfecta, sed aut lex *vera*, aut *nulla* comminiscenda. Hoc tamen semper expeditum manet, poenam, si qua hoc casu applicanda, quia *nominatim* non determinata, ab arbitrio *boni viri* pendere, et pro circumstantiis facti mirum in modum variare.

Altera classis arbitrarium poenarum pertinet ad ea delicta, quibus cohaeret quidem sanctio poenalis *determinata*, sed *multiplex*, ea lege definita, ut utram judex ex his in quacunque specie occurrente aptiorem judicaverit, *eligat*, electamque imponat, quorsum refero *Art.* CVI. *C. C. C.* ibi: *an Leib, Leben, oder Gliedern, Art.* CXI. ubi: *an Leib, oder Guth, nach gestallt derer Sachen Art.* CLIX. ibi: *mit Ausstechung der Augen, Abnehmung der Hände, oder andern schweren Leibes-Straffen. Artic.* CXXIII. ibi: *mit Verweisung des Landes, Stellung am Pranger, Abschneidung der Ohren, oder Aushauung mit Ruthen,* Ubicumque ergo ulla judicis circa applicationem poenae *electio*, ibi *laxior*, quam in determinatis juris est, sese exerit potestas, quam in immerito appellatione *arbitrii* contineri, ipsasque huc pertinentes poenas, *arbitrarias* vocari, recte dixeris. Est enim arbitrium judicis hic nil aliud, quam *judicium practicum in casibus a legibus aut non satis abscisse determinatis, cum laxiore quadam potestate ita judicandi, ut nec plus nec minus, quam jus et justitia exigit, decernat.* Hoc sensu errant, qui omnes poenas hodie arbitrarias vocant, in quorum numero est FINCKETHAUS *Obs.* XLIX. *N.* XXII. FOLLERIUS *pract. crim. pag.* 721. FROELICH *ad C. C. C. P.* II. *L.* III. *Tit.* II. Nam quantacumque est *l.* 13. *de poen.* sententia dudum tamen a TABORE *oper.* V. *C.* II. *p.* 231. §. VII obstensum, eam non tam ad questionem *juris*, quam *facti* pertinere, *arg. l.* 1. § 4. *ad SCt. Turpill. l.* 15. *ad municip.* Cui non modo *recta*, verum etiam *civilis* ratio in *l.* 16. *de poen.* succinit, secundum quam etiam in poenis certis, lege determinatis, *circumstantiarum* praecipue ratio habenda, et officium judicis in *facti* discussione accurate quaerendum. Hoc ipso tantum abest, ut poenae *determinatae* fiant *arbitrariae*, ut potius constricta sit potestas judicis eas imponendi, et ne latum quidem unguem a *regula* ipsis praescripta, recedendi, quamdiu ob circumstantiarum variam mixturam, quae ob his omnino pendet, rationem legis, in specie *obveniente* vel in *totum* vel in *tantum* cessare, non constat. Neque obstat, quod pro isto arbitrio SCHILT. *Ex.* XIX. §. CLXXIII. profert, poenas

juris Romani non stringere Germanos, sed *liberam* iis esse potestatem ab his recedendi. Nam quoties poena jure Romano asserta *statui* nostro non refragatur, nec alia in ejus locum a jure *domestico* surrogata, ex usu juris Romani *subsidiario*, quem toties Carolina agnovit, nil impedimento est, quo minus illa usum *pragmaticum* habeat, et secundum *justitiae* regulas applicari debeat. Neque aliud suadet *altera* ejus ratio, quod nostrae leges criminales aut certas poenas plerumque *definiverint*, aut *arbitrio* judicis reliquerint, quandoquidem in *facto* consistat, quid praestiterint leges nostrae, nec deficiunt exempla *plagii, repetundarum stupri*, similumque criminum, de quorum poena in jure domestico altum silentium et sic omnia ad jus *Romanum*, quatenus status noster ejus definitionem fert, redeunt, sufficitque jus criminale *commune*, tum in *Romana*, tum in *domestica* legislatione reconditum esse. Taceo, illud ipsum, quod a Schiltero scriptum: jure domestico certam poenam *saepe* definiri, satis arguere, praetensam illam *universalem* arbitrariarum poenarum assertionem valde claudicare, nec principium *generale* evincere, sed ad meram *exceptionem*, qua lex, omissa poena certa nominatim *arbitrium* in partes vocavit, vel *facti* emergentis quaestio ipsam legis definitae rationem in *hypothesi* ancipitem reddit, unice pertinere.

Circa *usum* hujus arbitrii hoc notasse juvabit, principium ejus regulativum sola *voluntate* principis *expressa*, vel *tacita* absolvi, et imprimis a cujuscunque *facti* occurrentis circumstantiis pendere. Turpiter errant, qui ipsa arbitrariarum poenarum admissione, adeo laxam potestatem animadvertenti in reos sibi indultam esse affectant; ut, qua ratione ipsis visum fuerit, in caussa pronuntient. Ut enim taceam, hanc licentiam non minimam partem *legislatoriae* potestati in judices, quos tamen legum *ministros*, ac *custodes* esse oportebat, transferre, et utriusque potestatis legislatoriae ac judiciariae rationes confundere, certe si arbitrium tam *late* pateret, non posset non in tanta hominum *dissentiendi* libidine, maxima jurium *incertitudo* oriri, quae ad labefactandam civitatem ejusque salutem, ob intimum hujus cum utilitate subditorum nexum, proximam caussam suggereret. Fatentur id plerique et inviti fateri coguntur, quoties rationem *rectam* non penitus ejurarunt. Nihilominus tamen subinde talia reapse affectant, quae ad ejusmodi *licentiosam* jurisprudentiam redeunt. Unde tanto magis *limitatione* potestatis opus est, quanto facilius contingit, ut in casibus singularibus insignis abusus ejus committatur etiam ab iis, qui in *thesi* sibi hoc jus datum non esse, perhibent. Quantumcunque fuerit arbitrium judicis, ad nullam aliam caussam efficientem revocari potest, quam ad *leges* ipsas, in quibus omne fundamentum *justitiae* positum. Uti vero non omnia negotia *expressa* voluntate superioris determinata, sed *argumento*, et *sententia* legis definiuntur, ita arbitrium judicis, quoties in partes vocandum, in ipsa *ratione* et *analogia* legum vel dictamine *rectae rationis* reconditum, contra omne id *injustum* esse oportet, quod illis non congruit. Unde regulas aequitatis et analogiam

seu *nexum principiorum*, quae leges positivae subministrant, nosse, et cum cujuscunque facti circumstantiis, indeque dependente damno, in civitatem redundante, conferre judicem decet, si, ut opus est, arbitrio superiores, quoties *variis* poenis facto illicito propositis, judici solam applicationem alterutrius reliquerunt, ut antea docui, quo casu arbitrium in hoc, quod ad poenas non determinatas vix procedere possit, satis *limitarunt*, et sic illud ad solam *electionem* ex speciebus expressis restrinxerunt, ut inquirat, utra ex determinatis poenis facto praesenti convenientior est. *Laxior* vero potestas tum emergit, quum *prioris* generalis *arbitraria*, ab initio hujus observationis expositae, occurrunt, quarum neutram in *specie* determinavit, sed expresse, vel tacite judicis arbitrio reliquit superior. In his quippe arbitrii effectum suggerit, *liberior electio* mali, per quod actio illicita expianda, *restrictionem* tamen suppeditant leges, tum ne *genus* poenae *inconsuetum* admittatur *Art.* CV. *C. C. C.* tum ne quid durius, aut remissius, statuatur, quam ratio *principiorum generalium*, hoc est, aequilibrium mali et facti praesentis, in relatione ad *pacem externam*, requirit. Deficiente hac voluntate superioris implicita, *arbitrandi* potestas judicum *nulla* et *injusta* est, quidquid in contrarium sentiat Menochius *de A. J. Q. Lib. II. Cas. DLVII.* Coppen.*Obs. praect. Lib. II. C.* LXXVI. *N.* IX. Usum horum praeceptorum cuilibet discreto judici relinquo. Adeant vero quibus volupe est, pro resolvendis casibus singularibus, Menochium, qui plures coacervat, non ubique tamen secundum *genuina* principia decidit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXIII. N. 31.

Poena arbitraria an et quando ad mortem extendi possit? Poena capitalis in certa specie delicti determinata an ad similes non determinatas trahi queat. Kressius notatur.

Ante omnia in definienda hac quaestione status controversiae recte formandus. Prorsus huc non pertinet species, ubi ipsissima legum verba poenam indulgent, *an Leib, Leben oder Gliedern*, ut in *Artic.* CVI. *C. C. C.* vel ubi, singulares circumstantiae nonnunquam, jubente id legislatore, exasperationem poenae ad ultimum supplicium usque admittunt, ut de crimine falsi testatur *Art.* CXIII. quem casum perperam huc trahit Bluml. *ad Artic.* CV. *N.* II. *C. C. C.* et Crasen. eod. multo minus ubi crimen in se *extraordinarium*, in certa *specie* diserte poenae capitis a superiori subjecta, ut propter injurias reales sacerdoti illatas provisum in *l.* 10. *C. Episc. et cler.* Nam in omnibus his speciebus, licet poena arbitraria concurrat, ultimum supplicium simul ipsis legibus satis determinatum, et sic quaestio praesens otiosa est; de sola *extensione* a judice in poenis arbitrariis facienda hic agitur, adeoque de nulla alia specie disputandum, quam cui nec *principaliter* nec *eventualiter* lex mortem

minatur, sive quod de animadversione in *universum* nil disponat, sive quod *indefinite* eam arbitrio judicis commiserit, quorsum nominatim quaestionem de injuriis verbalibus supra *Qu.* XCIV. *Num.* XLVI. propositam refero. His inquam casibus quaestio praesens emergit, cujus decisionem satis determinat Ulpianus *l.* 13. *de poen.* qui, dum generaliter dicit, *licere judici, quam vult sententiam ferre graviorem vel leviorem*, neque id ad supplicia leviora restringit, satis innuit, pro *qualitate* admissi, etiam ultimum supplicium irrogare posse. Idem ex *l.* 5. *§. f. ad l. Jul. repet. l.* 6. *ad l. Jul. pecul. l.* 9. *de extr. crim. l.* 3. *et f. de sepulch. violat.* probat Mathaei *de crim. p.* 54. et ad leges obstantes respondet. Neque aliam sententiam *analogia* juris corroborat, quae dum *proportionatam* facto poenam probat, capitalem prorsus improbare nequit, si in delicto, alias arbitrarie coercendo, *singulares* circumstantiae rigorem exigunt. Unde, licet stuprum sine dubio e numero horum sit, recte tamen illud capitali poena dignum judicat, quoties vel a subditis, in *principis* sui natam, sororemve commissum, vel id alias cum *improbissima fraude* conjunctum, Leys. *Sp.* DLXXXI. *N.* VIII. IX. Idem probavi supra in furto *secundum* iterato *Qu.* LXXVIII. *Obs. fin.* vel in *necessitate* commisso *Qu.* LXXXII. *Obs. fin.* Gravissimum quidem ea in re dubium *Artic.* CIV. *C. C. C.* subministrat, secundum quem *mortis* supplicium conquiescere prorsus jubetur, quoties in lege Carolina ejus nulla nominatim mentio facta. Verum huic regeri potest, Imperatorem c. l. *regulam* proponere, justam exceptionem, de qua sola hic sollicitus sum, non reprobare, adeoque de solo abusu contra *promiscuam*, et *temerariam* extensionem quaeri, quae cum dicta exceptione nil prorsus commune habet, in qua peculiares circumstantiae factum aggravantes concurrunt, nec ratione legum aliter, quam admisso capitis rigore, satisfieri potest. Ipse enim supra *Qu. XLII. Obs. III.* speciem de falsa moneta, cui poena, *Leib oder Guth* imposita, a capitali fraude ideo absolvi, quia utraque poena satis atrox est, nec ut ad mortem extendatur ulla ratio nos cogit. Neque aliter capio Kressium *ad Artic. CV. § I. N. III. C. C. C.* qui ex solo casu extensionem, quoties nulla *palpabilis* analogia adest, reprobat, ea concurrente omnino indulget, et per modum exceptioni, ad quam hanc observationem restringo, ipse admittit.

Huic vicina est quaestio, an poena *acerbiori*, veluti capitali, in certo delicti genere per leges expressa, eamdem applicare liceat ad praesentem ejusdem delicti *speciem*, non expressam. Negotium his nobis facessunt verba *Artic.* CV. C. C. C. quibus tamen non obstantibus contrarium sustinet Kress. *ad A. cit.* si analogia juris *liquida* est, quae ad eliciendam voluntatem superioris implicitam sufficit. Ea enim ex omni parte concurrente, ob rationes diversitatem a rigore legis potius recedendum. Ad haec principia exigi supra casum de foemina masculum rapiente. *Qu.* XL. *Obs.* III. de stupro in mente captam *Qu.* LXIX

Obs. II. vel in masculum *Qu.* LXXV. *Obs.* II. nec non de homicidio in *volentem* commisso *Qu.* XXVII. *Obs.* II. Neutram speciem *diserte* leges continent, sed paritas rationis sanctionem legum generalium ad harum plerasque trahit. Male vero KRESSIUS *cit. l. in f.* his immiscet casum de *fure*, qui ut securius contrectationem exequeretur, ignem tuguriolo subjecit, eumque perinde, ac si armis aedes introiisset, *qualificatum*, poenaeque capitalis reum esse, autumat. Nam alia ratio est *armorum*, alia *incendii*, illa furtum vere augent, sua natura in fraudem capitalem non incidunt, hoc *per se* grave et *capitale* crimen est, combustione coercendum, ut nec furti, nec poenae hic propriae adeo ratio habenda, nisi forsan factum in sola subjectione materiae utilis substiterit, nec flamma excitata fuerit, ubi facilius KRESSIO assentior. Plane quoties facto scelesto leges positivae capitalem poenam, nec in *genere*, nec in *specie* imposuerunt, magis est, ut in *dubio* mitior sententia praeoptanda sit, nisi *observantia* rigorem probaverit, quorsum *incestum* inter *ascendentes*, nullibi in legibus morte pensatum, refero, de quo supra *Qu. LXXII. Obs. II.* egi.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXXIII. N. 53.

Poenae alternativae modo aequales modo inaequales. Penes quem ex alternativa sententia sit electio? Discordantes Dd. opiniones.

Nihil frequentius in legibus, quam propositione poenarum *alternativa*, sive quod poenae *inaequales* fuerint, singulaeque proprias circumstantias supponunt, quorsum refero clausulam *am Leib oder Leben Artic.* CXXXII. CXLII. CLXXIII. C. C. C. *an Leib oder Guth nach Gelegenheit der Sachen, Art.* XCI. CLXIX. C. C. C. sive quod *pro* aequalibus habeantur, quale quid in poenis non capitalibus plerumque usu venit, ut testatur *Art.* CLXI. C.C.C. ibi: *das Land verbothen, oder in den Zierk, darinnen er vervvirckt, evviglich zu bleiben verstreken vverden.* Aliquando in capitalibus, ceu ex *Art.* CLXII. ibi: *mit dem Wasser oder nach Landes Gebrauch von Leben zum Todte*, saepe in augmentis poenarum capitalium, ut evincit clausula Carolinae: *mit Zangenreissen oder Schleiffen, Artic.* CXXX. CXXXI. CXXXVII. *C.C.C.* Ad utramque speciem pertinet quaestio de electionis arbitrio, praeterquam quod in priori poenarum inaequalium determinatio ad *facti* circumstantias, prouti majorem vel minorem *improbitatem* suppeditant, adstringatur, posteriori selectus iste cesset, et facto, secundum ordina-

rias circumstantias discusso, *liberior* sit judicis facultas in adoptanda poenarum alterutra. Parum ab his differunt sanctiones, quibus in delictum aliquod nulla *nominatim* poena constituta, sed vindicta *arbitrio* judicis relicta. In omnibus hic casibus *decreto* judicis opus, quo vel una vel multiplex *disjunctive* reo imponitur. Posterius si fit, habes *sententiam* alternativam quae non aliter probanda, quam si poenae, effectu juris spectato, vix differunt, sed pro *aequalibus* habentur, atque tunc quaestio emergit, penes quem sit electio? Decisionem legum expecto, neque enim eam clare definitam reperio, adeoque ad principia juris *generalia* recurrendum. Equidem damnatis ad mortem, nonnunquam mortis olim arbitrium permitti solitum fuisse, variis exemplis probat Faber *semestr. cap.* IV. sed id tum *extra ordinem* a principibus, non praesidibus factum, et sic ad *exceptionem* pertinet, tum praemissam sententiam ad *mortem* directam supponit, non *alternativam*, nisi nominatim reus ad eligendum mortis arbitrium coactus, quod Senecae sub Nerone contigisse, novimus. In praesente de regula, ad quam in *dubio* recurrendum, inprimis vero de *sententiae alternativae* interpretatione lis est, de qua non omnes eodem modo sentiunt. Qui cum Ludewigio *Diurn. Hallens. T.* II. *p.* 82. *reo* electionem indulgent, eos plerumque detinet, cum vulgaris regula: *in poenalibus benigniorem interpretationem praeferendam esse l.* 155. §. 2. *de R. J.* tum praesumtio, alternativam, unice favore *rei* esse adjectam a judice, qui, si aliud voluisset, clarius loqui potuisset; tum praecipue axioma juris, quod in *alternativis* semper sit electio *debitoris*, qualis est reus, ad poenam obligatus; denique mos, qui aliquamdiu in Saxonia inolevit, ut penes solum reum esset jus optionis. Sed his non obstantibus pro *judice* pronuntiandum esse crederem. Nam jus pontificium ita nominatim decidit in casu, quo clericus, de crapula accusatus, remotione, aut amissione beneficii expiare luxuriam jussus *C.* 14. X. *de vit. et honest. cler.* deinde nemo magis quam judex, quae poena ex pluribus in casu praesenti *expediat*, judicare potest, adeoque ipsi relinquendum eam optare ex pluribus, quae magis cohibere apta, ne reus *simili* flagitio inposterum se contaminet, alioquin eventurum, ut reus ad eam, quae sibi vel non vel *parum* molesta arbitratur, confugiat, et hoc modo se subducat malo, quod eum melius in officio continuisset, si id a judice fuisset definitum. Praeterea, quia poenae, unice *vindictae publicae* caussa constitutae omnium maxime expedit ei committere electionem, penes quem disciplinae *publicae* cura, non, qui de *propria* salute tantum sollicitus est. Quibus caussis moti plures interpretes aequitatem hanc agnoverunt, exemplo Blumlacheri *ad Art.* CV. *C. C. C. N.* II. Froelichii *ad* C. C. C. *P.* I. *Lib.* IV. *Tit.* VII. *N.* IX. Bergeri *in El. crim.* C. I. §. II. et de praxi camerali testantis Gailii *Lib.* II. *Obs.* LXXXIV. *N.* II. Neque aliud evincunt rationes supra allegatae. De priori in thesi non discepto, sed eam non tam ad *interpretationem* quam *conceptionem* sententiae, et facti, cui jus applicatur, *ambiguitatem* remitto, altera ad *petitionem principii* pertinet, et praesumtione ni-

itur, vix solida ratione constante, qua claudicante, ipsam conclusionem deficere oportet. Eadem non tantum verum longe probabiliori ratione nititur contraria praesumtio, qua ipsius *judicis* gratia disjunctive sententia concepta videtur, ut cognoscat, quaenam proena praesenti delicto aptior futura sit? Neque aliud de poena *pecuniaria* cum *carcere* alternative conjuncta dicendum, quam solius *rei* solatio memorari, nonnulli contendunt. Id enim non perpetuum est, nec ista conjunctio secundum intentionem communem alio modo ac fine fit, quam ut, quae reo *intolerabilior* fuerit, eligatur. Multo minus interpretatio *contra* judicem, qui clarius loqui potuisset, facienda, siquidem hic non de *pactis* et *conventionibus*, ad quas uterque consensu suo concurrit, sed de actu *solitario*, seu sententiae tenore quaeritur, cujus interpretationem cum *finis* poenarum, tum *indoles* sententiae alternativae suggerit. Quod porro de electione in alternativis *debitori* competente allegatur, male ad *criminis* reum applicatur, qui obligatus quidem ad poenam sustinendam, et hoc intuitu *debitor* audit, verum non ex *consensu* suo obligatur, sed poenam *invitus* subire tenetur, et sic non eundem *favorem* habet, quem is meretur, qui *consensu* suo se non abscisse, sed disjunctive obligavit. Taceo regulam vulgarem, de electione debitoris non esse *perpetuam*, sed usum ejus ab eo, in cujus *gratiam* obligatio tendit, pendere, ut ex *poenali* obligatione pactis adjecta apparet, ubi *creditor* jus optandi poenam, vel implementum contractus exercet. Ultima denique, non quid fieri debeat, sed quid factum, evincit, et solo edicto Electorali a Bergero allegato, per quod abusus pristinus sublatus, eliditur. Restringenda autem est praemissa doctrina ad casum quo 1.) sententia ab *extraneo* judice ad requisitionem judicis *inquirentis* lata, quae sola hac ratione, quod ad hunc *dirigatur*, arbitrium, alterutram poenam eligendi, in eum confert. Aliud ergo dicendum, si ipse judex pronuntiaverit, ubi ex *rei natura* non potest non delinquens optare, quum absurdum foret, judicem, qui ipse, quum posset, non abscisse, sed disjunctive pronunciat, arbitrium alterutrius poenae facere. 2. ad verba *sententiae dubia*, et *indefinita*, qualis sunt, *dass Inquisit mit* 8. *Tag Gefangniss zu belegen, oder in* 10. *Rl. Straffe zu nehmen.* Enim vero si verba sententiae ad *reum* directa, qualia sunt: *Er wolte dann so fort* 10 *Rl. Straffe erlegen*, res per se clara est, quod reus hoc beneficio uti, vel pecunia non optata poenam *principaliter* dictatam sustinere debeat. Eleganter de hac optione ex iisdem principiis judicat Quintilianus *decl.* XI. cujus peroratio multum salis habet. *Hoc tantum*, inquit, *ab affectibus vestris omnium mortalium nomine peto, ne cui nocenti poenae praestetur arbitrium. Infinitam, judices, sceleribus aperitis audaciam, si poenam licet eligere condemnato: nec jam ullam mortalium innocentiam trepidatione contineas, si patitur deprehensus quisque quod maluit. Nulla poena est nisi invito. Tunc est poena cum periturus trepidat, haeret cum restringit supremo vincula conata. Fidem vestram judices, ne nocentibus supplicii sui contingat electio.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXIV. 22.

Ludus, per se vitium non habet.

Ludus in se non magis, quam *emtio spei* vitium habet conjunctum. Nec aliud inferunt, qui vulgo illum comitari dicuntur *excessus* fraudis, profusionis, dejerationis quos *inseparabiliter* eidem cohaerere tradit Beyer. *J. N. C.* XX. §. XXXVII. Illi enim nil aliud evincunt, quam ludum apud eos illicitum fore, qui nimium *affectibus* indulgent, in ludum per re non influunt. Omni *contractui* haec vitia cohaerere possunt, nec tamen illi eam ob caussam sunt illiciti. Nam vita *contrahentium* contractibus non sunt tribuenda. Absoluta ergo prohibitio unico a lege *positiva* dependet, non multo aliter ratiocinatur Leyser *Sp.* CXXVI. *Med.* I.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXIV. N. 26.

Pecuniae lusu perditae nulla exactio, imo potius repetitio. Fucus transactionis vel cambii. Repetitio pecuniae in lusu perditae.

Pecuniae ex lusu debitae, nullam esse *exactionem*, jus civile satis aperte disponit in *l.* 2. §. 1. *ff. et l. f. C. de aleat.* Eadem est sententia juris vetusti Saxonici. Nam de *hered* ejus, qui lusu perdidit asseritur; *Dieberey noch Raub, noch Spiel-Geld, ist er nicht pflichtig zu gelten J. P. S. Lib.* I. *Artic.* VI. Multo magis ergo hoc obtinebit in ipso *lusore.* Similiter in *Weichbildo Art.* CI. asseritur. *Klaget jemand den andern um Geld, der soll benennen vor den Richte, vvarum man ihm das schuldig sey, vvann es um Spiel, so darff er ihn nich um antvvorten, noch der Richter auch richten.* Gemina referuntur in *R. J. de An.* MDLXX. *Fuss-Knechts Bestallung p.* 201. *vvie aber einer dam andern viel oder vvenig auf Borg abgevvinnet, soll ihm der andere nichts zu zahlen schuldig seyn.* In hoc jurium concentu, nescio, an de usu *cit. l. fin.* dubitari possit? Mores ludendi certe ad quos Beyer *ad ff. T. de aleat.* provocat, sunt magis *aulici*, quam *forenses*, et conniventia superiorum non magis *dispensationem*, aut permissionem involvunt, quam tolerantia *certaminum singularium, Blasphemiarum, imprecationum*, aliorum scelerum,

hinc inde notissima: Unde recte ex ludis victori actionem denegarunt Witebergenses apud Berg. *El. disc. for. suppl. P.* I. *p.* 55.

Quid vero si super pecunia deperdita *transactum*? invalidam esse transactionem, nec ex ea jus agendi competere, asserit Heig *P.* II. *Qu.* X. *N.* XLVI. Alii econtra actorum audiendum perhibent, quia super *dolo* transigere permissum Stryk. *U. M. ad Tit. de Tit. de aleat.* § II. Ego magis Heigio assentio quum aliud sit obligationem ex delicto per transactionem *remittere*, quod utique licet, alium invalidam, seu delictum in negotium *licitum* transformare, quod principiis juris repugnat. Quid? quod plerumque hujusmodi transactionibus exceptio *dolosae concussionis* opponi possit, quum raro sine artibus et technis huc redeuntibus, cum victore transigatur, leges vero *transactionibus* faveant. *l.* 65. § 1. *de cod. indeb.*

Non multo majus praesidium in *chirographo*, vel *cambio* a debitore conscripto, quaerunt, quasi ex his agenti exceptio *indebiti* opponi nequeat. Id enim tantum verum est, si *turbida*, et *altioris indaginis* fuerit, nec impedit, quo minus pecunia in judicio *deposita*, mox condici possit. Imo si ex instrumento *guarentigiato* agitur, melius reus sibi prospicit exceptione *non numeratae pecuniae*, quia hujus probandae onus in *actorem* conjicitur observante Wernhero *P.* II. *Obs.* CCCCII.

Hactenus de exactione pecuniae lusu perditae. Eadem et ratio *repetendae* pecuniae lusu perditae, ut recte Auctor observat et cum Stryk *c. l.* usum conditionis sine caussa probat, quam in foro non probari, sine caussa asserit Rauchb. *P.* II. *Qu.* XXV. *Num.* XCIV. Illud vero absurdum nedum JCto Christiano indignum, quod pronunciat Berl. *Dec.* LCVI. *N.* XIII. quum tempore *pestis* ad fugiendas *melancholicas* meditationes omnis ludus in negotium licitum et obligatorium transeat, quasi tum bellum inter Deum et homines esset, et omnes leges cessarent.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXXIV. N. 47.

Receptatorum poena extraordinaria, vel capitalis, si de societate criminis contracta constat. Ignorantia quatenus ipsis prosit?

Dissidium, quod est inter JCtos, utrum *receptatores* rerum furtivarum cum *furibus* eadem an diversa poena puniendi, facile componi potest. Qui prius asserunt, verbis *l.* 1. *ff. de recept.* decipiuntur, qui posterius magis *rationi* juris convenienter judicant. Etenim cit. loc. non de *simplicibus* receptatoribus, sed illis agit, qui pecunia accepta, vel subreptorum parte, *latrones demiserunt*, ergo quam de his fert sententiam, ob interveniententem *lucri* participationem, in illis vix probare potuit. Accedit his, quam ex *l.* 1. *C. de his qui latrones etc.* supplet sana interpretatio, et restrictio rigores ad *socios* receptatores, et in antecessum latibulum furibus promittentes, ut Auctor *N.* XL. ipse observat, quam non demum jus *Codicis* invexit, sed dudum *JCtis* agnoverunt, ut ex *l. f. de abig,*

apparet, ubi *simplices* receptatores, sola *relegatione* coercentur. Neque his obsiat *l. un. C. de rapt. virg.* quae receptatoribus quoque *capitale* supplicium minatur. Id enim *singulare*, et ob odium *violentiae* raptui cohaerentis introductum, nec *extensionem* admittit. Unde non repugnat jus *Saxonicum*, quod eodem modo in casu furti et rapinae, *eandem* furti poenam dictat receptatori, secus ac Auctori *N.* XLV. visum, ut ex textu *latino* probat Schilt. *Ex.* XLIX. *Th.* XL. Ipso jure Carolino receptatio furum inter *indicia* furti refertur *Art.* XL. in signum, eam *mitius*, quam ipsum *furtum* puniri, nec ad regulas hujus simpliciter exigi. Et quis, quaeso! in hac specie *concursum* admitteret, ubi *post* crimen plene *consummatum* receptatio demum accedit, nec ea quicquam ad illius perfectionem *conferre* potest, quo casu, ut recte censet Auctor *N.* XLII. ratio *concursus* ad aliquod crimen cessat, factumque ob animi *improbitatem* quidem *poenam*, sed non protinus *eandem*, quam recepti subire debent, meretur. Qua de caussa extra societatem criminis contractam in poena receptationis *extraordinaria* subsistit Stryk *de imput. fact. alien. C.* V. *N.* LXX. et capitalem ad eum casum, quo criminis *majestatis* reus, quem *manifestari* oportebat, receptatus est vel *jussus* de non occultandis delinquentibus sub poena *capitis* praecessit, cum Ant. Mathaei *de crim. Lib.* XLVII. *Tit.* X. C. II. *N.* XI. restringit. Nulla fortior tamen contra receptationem ratio allegari potest, quam *ignorantia* personarum *conditionis*, nisi fuerit crassa, et affectat, ad quam subinde confugiunt *caupones*, qui latrunculos, aliosque maleficos victu amictu juvant, seduloque cavent, ne, quod sibi de eorum, quos susceperunt, delictis innotescat, quibus, rejecta eorum oblatione ad jus *jurandum*, ob intervenientem *culpam* merito poena *extraordinaria* imminet, et eo gravior quidem quo *crassior* est ignorantia ejus, quod omnes scire facile possunt. Vid. *l.* 3. §. 1. *de offic. praef. vigil.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXXIV. N. 55.

Furamentum cognatorum ad indicandum latitantem, ad specialia indicia restrictum.

Ego circa hanc quaestionem multum interesse credo, utrum contra cognatos sit aliqua *scientiae* praesumtio *specialis*, nec ne? Hoc casu, quia *juramentum* hoc, de quo quaerit Auctor, aliud quam *purgatorium* esse nequit, cognati non magis, quam alii, ad illud subeundum obstricti sunt. Illo vero non sine veri specie contra Auctorem asseri posset, subditos eodem jure ad *detegendos* delinquentes operam conferre debere, quo magistratui eos quovis modo *perquirendi* jus est. Interim sola cognatio ad *gravandum* alterum non sufficit, quae nimis *remotam* suspicionem suggerit, nisi fulciatur *singularibus* facti circumstantiis. Metus *perjurii* ab Auctore gratis hic objicitur, qui nec *certus*, nec *probabilis*, quum *necessitudinis* vinculum non sit tantum, ut vincat *salutis aeternae* memoriam, praeprimis, quum hic non de *proprio*,

sed *alieno* facto quaeratur, ubi tanta non est facilitas pejerandi.

Multo minus refugium ad *l.* 6. *C. de test.* patet, cujus dispositio ad jus *privatorum* pertinet *superiori* vero fraudi esse nequit, quo minus jure suo in subjectos utatur. Quid? quod *parentes*, si veritas aliter haberi non potest, ad testimonium *cogi* possint, quidni ergo id fieri posset, ad conscientiam super *loco*, in quo, cognatus delitescit, liberandam, si alia media deficiunt.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXXIV. N. 59.

Reticentia criminis a tertio commissi impunis. Jussus superioris ad revelandam obligat. Emtio rei furtivae reprobata.

Minus peccat, qui *dissimulata* revelare delicta negligit, quam qui facinorosos *receptat*. Illi semper in promtu est exceptio, quod alienis jurgiis se immiscere, aut odia in re, ad se non pertinente, sibi comparare noluerit, quae quia non omnino improbanda, sine dubio effecit, ut leges positivae *omnem* poenam exulare, contra hunc jusserint. *l.* 48. §. 1. *de furt.* Neque interest, utrum ipsum *furem* raptorem, an *rem furtivam* cunctaverit indicare, praeterquam, quod posteriori casu, ad damnum ex reticentia datum resarciendum obligetur *c.* 4. *X. de furt.* si vel maxime necessitudinis amor a delatione eum cohibuerit, qui non in *totum*, sed in *tantum* prodest. Huic vero nulla exceptio cohaeret, usque adeo, ut factum *impune* ferat, siquidem receptatio semper, et *per se* illicita est, et si, quam suggerit mollior *cognationis* affectus, semper tamen *aliquam* coercitionem producit. Solum *necessitatis* casum excipio, ob quem ordinem nostrum hospitem dimisisse recordor, eo, stabulum medio in *nemore* exercuerat, nec sine sui, suorumque *vitae periculo* fures scienter susceptos deferre se posse, magna cum *specie* allegabat. Prior *faciendo* peccat, et ideo duriorem conditionem subit, posterior *non faciendo*, et sic excusatius peccat. Denique non omittendum, aliud esse, *sponte* non indicare delictum, aliud ad *jussum superioris* id reticere; posterius ob praecedentem *obligationem* parendi poenis subjacet; prius impune est, legis *obligatione* clare quippe ad denunciandum cessante, nisi forsan crimen *atrocissimum* fuerit, non modo *laesae Majestatis*, quod nominatim *l.* 5. *C. ad Jul. Maj.* excepit, verum etiam aliud *simile*, ob quod, ut exemplum sumatur, salus publica eum graviter admonuit.

Parum ab his abest *emtio rei furtivae*, ob quam vulgo possessorem ad *juramentum* damnant. Quo successu, ipsi viderint, quum manifestus *perjurii* metus ab hoc raro abesse soleat. Ipse CAROLUS eum potius *tormentis* subdi jussit *Art.* XXXVIII. XLIII. *C. C. C.* Quod etiam rationem habet, si circumstantiae clandestinae possessionis, vel pretii prorsus non *proportionati*, malam fidem arguant. Unicum casum excipio, si res ab homine *ignoto*, in foro *publico* comparata, et *palam* ab alio bonae indolis possessa, ubi

vix est, ut purgatorium excedere judex queat. Tota res itaque ob arbitrio prudentis judicis pendebit, tale medium eruendae veritatis eligentis, quod pro facti praesentis circumstantiis, non nimis *crudele* est, nec ex altera parte *parum* sufficit ad spem eruendae veritatis concipiendam, Mev. *ad jus. Lub. P.* IV. *Tit.* I. *Art.* IX. *N.* XVI.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXV. N. 10.

Confiscatio bonorum in Germonia cum delictis capitalibus conjuncta. Jure Romano tantum restricta, hodie prorsus obolita. Principium Imperii potestas confiscationem nova lege introducendi.

Confiscationis bonorum, quatenus poenam involvit, et delinquentibus imminet, varia est inspectio. Alia, si jus *Romanum* consulimus, alia si ad jura *Germanica* et *hodierna* animum advertimus. In foro *Romano* notae confiscationes delictis cum *principaliter* imposita, quas nominatim recenset Wildvogel *de eo quod justum est circa omnia bona c. f.* § II. tum in *consequentiam* poenarum capitalium invectae. Ad has pertinet *Nov.* CXXXIV. per quam, si *adscendentes* vel *descendentes* extiterint, illae sublatae, idemque jus per *Auth. bono damnatorum C. de bon. proescript.* favore *colloterolium* latius extensum. Falsa itaque est assertio Auctoris, quod per *cit. Nov.* abolita fuerit poena confiscationis, quum illa non sit *pure*, sed sub *conditione*: si liberi defuerint, concepta, et magis *restrictioni*, quam *correctioni* respondeat, adeoque secundum hanc nil impediat, quo minus, cessantibus cognatis, fiscus bona recte occupet. Interim non desunt, qui *cit. Nov.* diversimode interpretantur, quorum doctrinas recenset Stryk. *de damlan. C.* VI. *N.* X. et *de carcer. od custod. C.* IX. *Num.* XXIII. Sed de his non ero sollicitus, quum parum utilitatis inde in forum redundent, nec hodie, quoties de quoties de usu confiscationis quaeritur, decisio ex *cit. Novella* sed *aliunde* sit repetenda. Videamus itaque, quid jura *Germaniae* hanc in rem subministrent? Egregia sunt, quae ex illis suppeditat Kress. *ad Art.* CCXVIII. §. III. *Num.* I. *C. C. C.* excerpta, in signum, non minorem *confiscationis* libidinem haesisse Germanis, sed potius illam his admodum fuisse familiarem. Neque enim sub *Francis* tantum, regnante imprimis stemmate *Carolingico*, frequens bonorum ob delicta ammissionis mentio, ut loca a Kressio allata evincunt, verum etiam *recentiora* tempora confiscationum sunt foecundissima. Ut enim taceam, rerum *furtivarum*, aliarumque confiscationem aevo *Carolino* usitatam, de qua agit *Art.* CCXVIII. *C. C. C.* speciatim in *Bavaria* omne judicium *capitale* annexam habuit bonorum publicationem, ut ex diplomate Ludovici Bavari apud Hund. *metrop. salisburg. T. I. p.* 29 probat Kress ibi, *was der schödliche Mensch nach den Tode lassen, soll verbleiben das Drittheil den Abt zu Niedern Altaich und den Probst*

zu Reichnach das Drittel, den Vogt dass Drittel, seiner Haussfrauen und Kindern, oder hat er vveder Weib noch Kind, so soll es seiner Seel angelegt vverden. Sed idem de *aliis* Germaniae terris indubia probant monumenta, adeo, ut si non in universum, saltim *plerisque* in locis, et *regulariter* caussis capitalibus connexa fuerit bonorum amissio, solis *coloniariis* et *hereditariis* exceptis, quorum illa ex ratione proprietatis *dominicae*, haec ob *condominium familiae* domino, vel heredibus cedebant, nec innocentibus eripi poterant. Testatur hoc codex juris *Austriaci* apud de Ludewig *Reliqu. T.* IV. *Ist aber auf vorgenannten Guth, jemand der den Todt verdienet, hat, dann soll der Land-Richter an den Herrn fodern, auf dess Guth er gesessen ist-und soll dem Herrn das Guth lassen, und er über den Mann richten.* Eodem recidit extractus privilegiorum Austriacorum apud Burgemeister *Bibliot. jur. equestr. proem. p.* 60. Cujus verba sunt: *Soll die Todtes Straffe eines Gebauern seinen Herrn an seinen eigenen oder Guth nicht schaden, vvie auch nicht des Bauern Haussfrau, oder Kinder,* Charta *Ducis Aust. A.* MCCXLIII. apud de Ludevig *reliq. T.* IV. *Quod si apparentia latrocinii sive facti, vel criminis, quod mors dicitur, vel aliud quodcunque genus maleficii, quod mortem exigit malefactoris in hominem ecclesiae -- omni possessione rei tam mobili, quam immobili ecclesiae adjudicata persona sola nuda ad judicia sanguinis offeratur.* Haec et plura alia loca habet Puffend. *de jurisd. Germ. P.* II. *S.* II. *C.* II. §. XII. in quibus frustra restituendorum domino bonorum, quoties *capitis* qui reus judicatur, mentio facta fuisset, nisi *confiscatio* ejus bonorum huic judicio ordinarie cohaesisset. Addo his testimonium Mindani *de mand. jud. Lib.* II. *C.* XLIII. *N.* XIX. Secundum quod in *Lotharingia* in universum hoc fatum ad mortem damnati subierunt. Taceo confiscationem in crimine *hereseos*, quod capitale habitum, obtinuisse in *Belgio*, ut probatum dedit Mathaei *de nobil. Lib.* II. *C.* XXVII. *in f.* nec non in propricidio teste Hartnokio *de reb. Pruss. p.* 360. Neque aliud evincit Jus provinciale *Alemannicum* edit. Schilt. *C.* CXCIII. *Svver vor Gericht seinen lip vervvürcket, die nehsten Erben erbeut sin Gut, dem Richter soll seinez Gutz nit vverden, vvenn von ihm gerichtet ist, alz recht vvaz.* Hunc locum enim de *allodio avito* vulgo *Erb-Guth* recte interpretatur Puffend. *cit. l.* quod a confiscatione ubique exceptum fuisse, aut ostendi. Quid? quod abrogatio *promiscuae* confiscationis in caussis capitalibus, et ad crimen *laesae Majestatis* facta restrictio *Artic.* CCXVII. *C. C. C.* satis arguat, *vetus* principium judicibus aevo *Carolino* adhuc haesisse et usque adeo viguisse, ut lege *publica* Imperiali demum eradicari debuerit. Hac itaque lege exulare jussit Carolus confiscationem, non *omnem* quidem, sed 1.) *promiscuam*, qualis est, quae in *consequentiam* poenae capitalis huсusque usurpata. De hac enim textum capiendum esse, non tantum *connexio* verborum docet, verum etiam *abusus*, cui unice obicem posuit, lex, quique

committi non poterat, quam in delictis, capitis poena satis expiatis, et sola *observantia* fisco lucrum bonorum addicentibus. Neque enim eas confiscationes revocavit, quae *lege scripta* nituntur, et vel *solae* vel *cum poena capitali* simul *principaliter* delinquentibus impositae, siquidem ab his ob definitionem legis specialem notio *abusus* longissime abest, nec earum applicatio aliud infert, quam quod *voluntati* legislatoris conveniens est, ut Obs. III. docebo. Multo minus 2.) judices avocavit ab observantia earum legum, quibus in *futurum* justa ex ratione quid caveri contigerit. Nam aliud est morem, bona occupandi, hucusque late vagantem *restringere*, aliud *legislatoriae* potestati, ne per eam ex post confiscatio introducatur, *limites* ponere. Illud facilius admitti potuit secundum judiciorum intentam *reformationem*: hoc difficilius, nec sine maxima jurium *majestaticorum* diminutione, cui status Imperii Carolo applaudentes, nuntium misisse, et se facultate leges *novas* de confiscatione in territoriis suis rogate, abdicassse, vix probabile est, ut late deduxit Kress. *c. l.* §. IV. *N.* III. Magis dubium, utrum exuviarum occupatio *abscisse*, qualescumque cognati vel successores *extranei*, dudum ultima voluntate designati, adfuerint, reprobata sit, an vero solum in favorem *uxoris*, et *liberorum*, quorum tantum mentionem facit legislator. Ego illud asserere non dubitarem, quemadmodum etiam *usus forensis* per integram Germaniam textum accipit. Nam id evincit indoles confiscationis, in consequentiam, habita sola *poenarum* capitalium, non *personarum* differentia, invectae, de qua hic unice agitur. Adeoque verba, *Weib und Kind*, mere *declarativa* sunt, pro substrata materia accipienda non *dispositiva* et *restrictiva*, alioquin dicendum 1) *parentes* delinquentium duram sortem amittendorum bonorum subituros, et tanquam *silentio* omissos deterioris conditionis futuros uxore, quae hic diserte excepta 2.) Imperatorem *minus* circa usum confiscationis sanxisse, quam ea in re jure Romano cautum, nec *novi* quid disposuisse, quod tamen totus articulus prae se fert.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXV. N. 23.

Testamentis facti damnatis ad mortem restituta. Testamentum condemnatione ad mortem non irritum.

Nondum expeditum est, an praetensa restitutio *testamenti factionis* ex sublata confiscatione necessario fluat. Sive enim *Nov.* CXXXIV. sive praesentem *articulum* respexeris, solius *familiae* et *gentis* favore edixisse Imperatorem, adeoque *intestatam* successionem tantum sartam servasse videtur, cujus non *perpetuus* cum testata est favor. Ita sentit Beyer *ad cit. Artic. Pos.* X. et ex professo Menke *dissert. de testam. fact. damnat. ad mort. jur. civil. deneg. morib. plerisque assert.* Sed *praxis* fori Auctori suffragatur, et reis post condemnationem jus *testandi* integrum servat, quod hac

ratione satis defendi potest, quia sublata confiscatio non potest non ipsi *reo*, tanquam domino simul prodesse, quamdiu probari nequit, illum jure testandi ob reatum excidisse. Quod quum fieri nequeat, jusque *civitatis*, salva ad mortem condemnatione, subsistere possit, nulla solida quoque ratio superest, cur de *damnatorum ad mortem* testandi facultate magis dubitandum, quam circa quaestionem, utrum testamentum antea factum per condemnationem ad mortem irritum fiat, hodie haesitari solet.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXXV. N. 33.

Variae explicationes Articuli CCXVIII. In quibus casibus confiscatio bonorum hodie obtineat.

Difficultas, quae circa verba *Art.* CCXVIII. emergit, *ineluctabilis* est, nec alia medicina superest, quam qualem *ratio* et *analogia* juris suggerit. Refugium Auctoris ad *expunctionem* particulae, *oder*, magis sectioni quam interpretationi legis convenit, nec judicium censorium Eybenii apud Schilt. *Ex.* XLIX. *th.* CLVI. et Wernheri *P.* IV. *Obs.* XCVII effugere potest, saltim omnia *exempla* Carolinae eam servant, verba legis autem corrigere, est *legislatoris*, non *judicis*, quantumvis hoc modo sanus sensus inde emergat, quin potius hujus est, retentis verbis, *mentem* eruere. Quid? quod admissa sententia Auctoris semper *dubium* maneat, an Carolus crimen Majestatis *solum* eximere voluerit, quum eodem ipso interprete *plures* casus probatos esse oporteat, in quibus cum ultimo supplicio conjungi potest bonorum confiscatio, ut ex *Art.* CXXXV. apparet. Aut itaque posterius negandum, quod idem foret, ac *Art.* CXXXV. contradicere aut, hoc admisso, a *solitaria* in crimine majestatis agnita exceptione, ad quam rejectio particulae: *oder* redit, abstinendum. Neque magis sententia Lynkeri *Resp.* LXXIX. Strykii *de dardan. C.* VI. *N.* XXI. placet, qui retentis verbis *duplicem* quidem exceptionem admittunt, alteram in crimine *laesae Majestatis*, alteram in iis delictis, quibus capitalis, et confiscatio *non* imposita. Sed ita *exceptionem* fingit, in eadem specie de qua *regula* concepta, quod praeceptis logices repugnat. Quis sanus enim asseret, ordinarie bona heredibus delinquentis non esse auferenda, praeterquam a.) in crimine laesae Majestatis et b.) ubi post poenam capitalem *non* auferuntur. Nonne sic in altera *exceptione* idem pronuntiatur, quod antea in *regula* pronuntiatum fuerat, et sic utrobique *idem per idem* edicitur. Majorem speciem, et cui *juris* ratio succurrit, habet explicatio, quam ex Goldasto Hertio repetit Kress. *c. l. N.* II. dum loco *nicht*, legit, *mit*, quod idem ac, *zugleich*. Qui posito oratio huc redit: *confiscatio in capitalibus exul esto, praeterquam in crimine laesae Majestatis et aliis criminibus, in quibus non tacite, sed principaliter confiscatio statuta et vel solum, vel cum capitali conjuncta*, quorsum refero *dardanariatum. R. J. de A.* MDXLVIII. MDLXXVII. *Tit.* XVIII. omniaque

facta *proscriptione*, seu *banno imperiali* coercita, *Spec. Sax. Lib. I. A.* XXXVIII. *Suev.* C. CLX. § VIII. Circa haec enim nihil mutavit, quia *abusum* judiciorum tantum tollere voluit, quam in sententia secundum legem *nominatim* scriptam concepta, quaerere velle, absonum fatente Lynkero *cit. l.* Equidem paululum contorta est lectio *mit*, sed tanto verisimilior, quanto convenientior menti legislatoris et aliis legibus particularibus, veluti juri *Badensi. P.* V. *Tit.* III. §. *jedoch soll*, et juri provinciali *Würtebergico P.* III. *T.* III. §*denen aber*, quae Carolinam non aliter intellexerunt. Eoque veteres editiones Carolinae, quarum altera sine die et consule, altera de *A.* MDXXXII. ad manus est, pertingunt, in quibus legitur verbum: *nit*, quod forsan corruptum, leviculo unius apicis ductu, et sic *mit* reponendum fuisset. Neque praesentem explicationem infringit mentio *laesae Majestatis*, seu ejus criminis, cui *principaliter* confiscationem minatur *l.* 5. *ad l. Jul. Maj.* unde nonnulli in *universum* contrarium in ceteris, non similiter exceptis, colligunt, Stryk. *de dardan. C.* IV. *N.* IX. quum non absurdum sit, unam speciem confiscatione principaliter coercitam retulisse, et ceteras omnes *ejusdem generis* sub appellatione *in andern Fällen* simul comprehendisse.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXXV. 52.

Relegatio per se non infamat, sed existimationem suggillat.

Relegatio non magis, quam *ictus fustium* infamat, nisi ex famosa *causa* descendat, alioquin reus ab hac nota non immerito absolvendus. Hoc verum, utramque poenam ad *existimationem* laesam referri. *l.* 28. *de poen.* sed id de existimationis *suggillatione* magis, quam *effectibus* infamiae *civilibus* capiendum, quum leges hos clarius ac distinctius alias notare soleant. Atque hanc *gravatam opinionem*, cum infamia, ipse Auctor confudisse videtur, quum haec unice ex *legibus* determinationem suam accipiat, nunquam ex vulgi vel hominum *opinione*. Neque aliud dicendum *von der schimpflichen Verweisung*, quae ad jurisdictionem *altam* pertinet, et opponitur *der Verweisung* simpliciter. Nam etiam haec qualitas tantum ad augendam gravatam opinionem pertinet, cum effectibus vero *infamia* nil commune habet Puffend. *cit. l. pag.* 201.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXXV. N. 55.

Culpa lata non infamat sed dolus.

Qui dissentiunt moventur imprimis *l.* 11. *poen. de his qui not. inf.* ubi juris ignorantia, quae culpae *latae* accedit, infamem reddere dicitur. Verum ibi *specialis*, et in jure *odiosus* casus refertur, unde argumentum ad alios haud admittendum. Refertur dubio procul infamia ad poenas *non capitales*, in poenalibus autem dolus, lata culpa nunquam aequiparatur, unde nil mutandum in sententia Auctoris. Conf. DE COECEJI *jur. controv. de his, qui notantur infamiae Quaest. II.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXVI. N. 13.

Clamoris violentiae notio. Clamae tum in repentinis, et magno periculo. Haro. Jodette. Wopen. Wraeck. Helscio. Hussitum. Zetter. Ingeminatio in levioribus non impunis.

Mos *quiritandi* et misericordiam in re trepida implorandi, satis cognitus in Germania vetere, ut leges pristinae tantum non omnes probant. Clamatum *extra judicem*, vel in *judicio*, prout vel privatus, vel judex opem misero ferre poterat. Est enim istarum exclamationum publicarum proprius, ac communis finis, ut aut *periclitanti* succurreretur, aut laeso *jus* reddatur. Saepe *utrumque* simul vociferator intendebat, aliquando *alterutrum*, auxilium ubique provocabatur, adeoque tragicus clamor ad *ejulatum, lugubria*, *planctum* erat directus. Scilicet, quoties quis *vim injustam* sibi fieri, vel factam sentiebat, clamorem ciere solebat, cum *fletu* mixtum, quo, a vicinis audito, omnes ac singuli *armati*, quod extra statum *belli* non licebat, concurrere, misero *opem* ferre, manus ei, super quo exclamatio facta, injicere, vinctumque mox ad judicium trahere tenebantur. Ita diserte cavent *LL. Normanniae* apud DE LUDEVVIG *T.* VII. *reliq. p.* 258. quibuscum conspirant mores *Saxonum*, ut ex *Spec. Saxon. Lib. II. Art. LXXI.* apparet. Qui non concurrebat, sed armis ferendis, par

in latibulis haerebat, *contumaciam* expiare tenebratur *pecunia* Jus *Transisalanicum P. III. Artic. I.* apud Mathei *Annal. T. III. p.* 782. *die des nichten dàde, die verlòr Tegen ons den punt unser Münte*, nisi ignorantiam jurato probasset, *vver dat vver da des nicht gevveten en hadde, die mòhte sick dat af nehmen mòt syner ener Hand up den hilligen und vvesen der bote quit.* Idem ex vetusta codice *Hamburgens. jur. probat*, et speciatim Bojos, *talionem* minatos fuisse, si saeva vox ejus, quae de *pudicitia* sua periclitabatur, audita, refert Jo. Guil. Hoffm. *Observ. jur. Germ. Lib. I. C.* XII. *p.* 137. Ne asylum quidem fugitivo proderat, si de *clamore* constabat, quin potius illud violari, aut castrum, in quod se receperat reus, cum inhabitantibus *proscribi* poterat, *Spec. Saxon. cit. loc. An.* LXXII. Eoque sensu capio privilegium Caroli IV. *An.* MCCCLV. civitati *Eilbronnensi* datum, apud Puffend. *de jurisd. Germ. p.* 343. quod in capitalibus delictis loci *immunitatem* violare permittit, *ob die mit Aufsatz geschehen*, quam locutionem, etsi de *seditione* interpretetur, Schilter, rectius tamen *von handhaffter That*, quod clamor violentiae insequebatur, capit Puffend. *c. l.* § XCIII. Solo eo casu, quo cognati ad *tumulum* occisi exclamabant, vociferatio *vindictae futurae* testandae caussa fiebat, ad adumbrandum *bellum privatum*, quo familia laesa reum criminis capitalis persequebatur.

Quo magis reipublicae intererat concives in re trepida ad occurrendum paratos esse, eo minus frustrari debebant, opinione magni *periculi* avertendi, ubi *nullum* suberat. Id autem facile fieri, et studium oppressis suppetias ferendi languescere potuisset, si ad quosvis *fortuitos* clamore lex *conglomerationes* probasset. Factum itaque est sapienti consilio, ut tantum *quibusdam* formulis, tanquam *indubiis* oppressionis indiciis ista, quam ante memoravi, *coëundi* obligatio imponeretur. Talis clamor erat 1.) *Haro*, de cujus etymo valde disceptant eruditi, quorum alii a *rapina*, alii a voce francica *Haren* clamare, *hareta*, clamavit, ut ex Odofrido, Kerone interpretatur Schilt. *gloss. p.* 432. derivationem petunt. Accuratior est Hickesii *in Thesaur ling. sept. Tit. I. in grammat. franc. Theodosia p.* 96. *clamor haro* inquit, *est acimbrico Hier, gladio*, *quia persecutia malefactorum, contra quos inclamari solebat, haro vocata erat, spada gladius nempe, quia gladio et armis erant reprimendi.* Firmat conjecturam non modo frequens in monumentis *spadae* mentio, ad denotandum *gladium*, vel jurisdictionem *criminalem*, verum etiam appellatio: *judicii spadae*, ad quod clamor *de haro* compositus dicitur *in LL. Normannicis Cap.* LVI. Unde huic verbo inest provocatio ad *arma*, quae non alludit a clamorum publicorum fine communi quasi nullo meliori medio, quam *armis* obtinendo. Non alium sensum habent II.) *Jodute* in quam locationem late inquirunt Vagedes *oper. p.* 288. et Illustr de Vestphalen *Rer. cimbr. T.* I. *praes. p* 60. Quaecunque vocis derivatio fuerit, nihil aliud denotavit, quam *auxilium* ab afflictis *publice* imploratum, aeque ac Jo Buschius *Lib.* II. *C.* XXVII. *de reform. monast.* apud Leibniz. *res. Brunsv. T.* III.

pag. 204. eam explicavit, qui *diffidationis vocabulum id esse* et coincidere cum exclamatione *Wopen*, scribit. Ipse Auctor *des Richtsteiges C.* XXXI. ejus nominatim meminit, imo hodienum *Bremae*, in formando judicio criminali imaginario, hanc ingeminationem pro adumbrando vetere clamore *Zeterico* usurpari observat Kress. *ad Artic.* LXXXVII. nec non statutum *Verdense* apud Puffend. *Obs. for. T.* II. *append. p.* 130. III.) simile vocabulum est *Wopen*, de cujus usu et effectu non tam disputant eruditi, quam de etymo. Plerisque idem est, ac *lugubria concinare*, Schilt. *c. l. T.* III. *p.* 815. Mathaei *annal. c. l.* de *fletu* accipit, *vvopen, vvir*, ploremus, quasi sit ejulatus miseri oppressi Grotius *introd. ad juris. Holl. Lib.* III §. XXXII. *N.* XIV. vocat *Wapenroep.* quod, si ab armis *VVaffen, VVapen* deduxeris, vera ad *arma* capessanda provocatio fuit, prorsus ac *Auctor mont seren. ad An.* MCCXXIV. interpretatur, et mos fert in Episcopatu *Herbipolensi*, ubi clamor violentiae hodienum audit *VVaffan heut uber mein und meines Landes Dieb*, teste Kirchgesnero *Nems. tribun. rect. jud. p.* 322. et frequens exclamatio fuit in Belgio, Mathaei *de jur. glad. pag.* 638. in Frisia, de Westphalen *c. l. pag* 64. in Westphalia Meind. *de jud. cent.* gemina est vox IV. *Helffeio*, quae vere *Germanica* cum additamento exclamationis *io!* de qua vid Schilt. *ad Koenigsh. Chron. append. Obs.* XV. *pag.* 819. nec non V.) *Huesium* quae in legibus Saxonicis Canuti *Regis* eodem modo ac clamor *de Haro* alibi describitur, observante Westphalen *c. l.* VI.) *VVraek*, sive de vindicta, *Rache*, ut putat Kress. *ad Artic.* LXXXVII. *C. C. C.* sive de ipsa accusatione, *vvrogen* capiatur ad idem redit. Nam vindictam laesus tum extra judicium, tum in judicio sumere poterat, eamque, ne juri suo *renunciasse* videatur, ista criminatione reservabat, quod egregie illustrat mos ad *tumulum* defuncti, ita *ter clamandi*, de quo agit Meinders *de jud. cent. C.* VI. et accipiendus est *Auctor des Reinikens C. IV.* V. qui gallos vulpeculam ob caedem gallinae accusasse fingit, his verbis

Der Hennen Bròder vveren desse tvve

Sie repen beede WRACK und VVEH.

In Saxonia speciatim ingeminatio VII.) *Zetter* nota, quae eodem modo ac *Zitterhand*, calida manus, in *Constitutione* Friderici dicitur Heineccius *c. l. Tit.* XVIII. §. XXV. de convocatione ad *arma* eam capit. Rectissime quidem, si effectum istius ingeminationis, parum accurate, si vocis etymon respexeris, observante Hoffmanno *c. l. p.* 146. Tanta enim inter hanc voculam, et *VVapen, Jodutte*, est similitudo, ut quae verba apud *Jeremiam* in Bibliis *Suevicis* et *Danicis C.* XII. *C.* XV. 10. *Jodutte*, translata, in *Lutheri* versione, *Zetter* audiant. Haec et similia carmina *tristia* in monumentis antiquis vocantur *das Geròcthe* LL. Brunsuicenses *Art.* I. *N.* XXI. apud Leibniz *jur. Brunsv. T. III.* Meind. *jud. cent. p.* 281. item *Geruffte* Schilt. *Ex. XLIX. Th. CLVI. Binuffte* Datt. *de Pac. Publ. Lib. I. Cap. I. §. LXVII. Zetter*, *Noth-Geschrey VVeichb*,

Artic. *XXXVIII.* *C. C. C.* Gloss. ultim. *cri. de feu, ou de meurtre* PUFFEND. *c. l. p.* 167.

Quantacunque harum criminationem indulgentia quondam in Germania fuerit, non tamen ideo propter *omnia* delicta illas tollere licuit. *Grave*, et quod *pacem publicam* vehementer turbaret, oportebat esse periculum, si ob delictum probanda esset exclamatio. Tale quid in iis, quae majoribus *capitalia* audiebant, sese exerebat, eoque vergit catalogus, ad quem hinc inde restrictus iste clamor. Ita capio *Art. III.* juris *transisalanici* apud MATHAEI *Annal. T.* III. *c. l. Niemanden soll den andern Wopen aver ropen -- dat en sy ume noet, murd edder, nume Dots lach klagbar vvonden, roeff, und umme Bland, und umme vveldige Sacken, die an eyn lyff gaen.* Parum differunt leges *normannicae* c. l. *Non enim debet exclamari nisi in discrimine criminoso ad ignem videlicet vel ad latronem, homicidium, vel roberiam, vel in aliquo hujusmodi imminente periculo, ut si quis arrepto gladio irruat in alium furibunde.* In *levioribus* et non capitalibus vociferare, fas non erat, quasi cum his conjunctum periculum tanti non esset visum, ut confluxu incolarum indigeret. Alioquin *temeritatis* poenam dabat vociferator, *Stat. Verdens.* apud PUFFEND. *T. I. Obs. Append. p.* 132. *Makede jemand by Nacht offt by Dage ein VVapenrühte in Schimpf und nicht dorch Noth, de schall dem Rade und der Stadt ne Gelegenheit in brocke verfallen sin.* Dolo an culpa pax violenta nil intererat, nam etiam *posteriori* casu suo modo proscriptio ob *magnam* negligentiam locum habebat, et sufficiebat, de vi *publica*, ac *repentina*, constituisse. Ita jus *Transisalanicum c. loc. P. III. Artic.* VII. *VVert Sacke dat von ongelücke ein Dotschlag geschehs in dem Lande die daer mede vveren in Schuld an hùdden den mag men Vapen aver ròpen und leggen sie frede lòss.* Major ratio habita distinctionis inter delicta *manifesta* et *non manifesta*, et in prioris generis maleficiis clamor probatus vulgo in *handhafften thaten*, quorum periculum semper erat praesens, charta *codicis Ravensbegensis* apud MEIND. *de jud cent. p.* 289. L. L. *Brunsvicenses Artic.* 1. *N.* II. apud LEIBNITZ *cit. l.* Non aeque in non manifestis impune laesus eodem utebatur, ut diserte *Repkovius* scribit *Lib. II. Art.* LXIV. *VVo keine handhaffte That ist da muss man ohne Gerüfft klagen, ob man es ohne Schaden bleiben vvill*, quibus verbis innixus, clamorem ex his judiciis penitus exulasse, censet THOMAS. *de accus. concept. constit. Carol.* §. XI. Nihilominus *Auctor des Richtsteiges C.* XXXIII. etiam in *hesternis* accusationem cum clamore permittit, imo ipse *Repkovius Lib.* II. *Art.* XXXVI. in furto non manifesto, si rem ultro fur reddere nollet *vviedert er des, so schreye er über ihn das Gerüffte*, vel si accusator *digladiatione* contendere, et duello veritatem comprobare voluisset, *he scholl de Klage anstellen, mot sinen Geruchte als he ein vor vvinnen vvill.* HEIN. *cit. loc.* § CCXVI. praesentia vel absentia nil mutabat circa usum clamoris, dummodo alter deprehensus in flagranti esset. Nam etiam evadens proscribi poterat. Accusationem ad *proscri-*

ptionem clamando fieri potuisse, docet modus proscriptionis ex *Codice Ravensbergensi* apud MEIND. *c. l. p.* 281.

Atque ex hoc more fluxit, cujus passim, in formandis judiciis solemnibus mentio fit, clamor zeteriens, quo adumbrari solebat pristina consuetudo, quam status Germaniae turbidus quondam invexerat et misera judiciorum indoles firmaverat. Sed illam cum *pacis* publicae restitutio,tum penitior rei *judiciariae* custodia ipso jure abolevit, ut quiritatio ista aeque imaginaria ac ipsum judicium sit, et solo amore venerandae antiquitatis retineatur. Imo sunt hodienum civitates, quibus ejusmodi lusus non est ad palatum, nec ullum imaginarium judicium, sed condemnatorum ad mortem de simplici ac plano parata executio.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXVI. N. 37.

Fractio baculi est mera solemnitas. Nec revocationem, nec defensionem adimit.

Hastam, sceptrum, virgam, baculum, quoties in actu solemni gestantur, signa *imperii*, et *potestatis* publicae esse, omnes norunt. Specia'im judex dum in judicio *baculum* manibus tenet, symbolum *potestatis* publicae edit, populoque in mentem vocat majestatem imperii judicio propriam, atque ab ea pendentem *reverentiam* majorem. *Fractio bacu'i* autem, ubi non nisi post condemnationem suscipitur, ita sub ea tantum adumbratur *finis* actui impositus. FILETA *L.* I. *C.* XXXVIII. §. XI. Eodem modo, quo eversio subselliorum ad symbolum judicii finiti pertinet. Convenit ea cum genio Germanorum, inter quos rix actus momentosus sine *symbolo* in sensus incurrente susceptus, maxime in tractatione caussarum *criminalium* quae ab omni aevo variis solemnibus conspicua fuit. Nominatim *investituris* feudalibus, quae sub dio fiebant, hunc morem inter majores proprium fuisse, ut, quoties illae finitae, scissione et projectione vexillorum e suggestu, in quo investitura fiebat, id significaretur, docente GUNDLING *de feud. vexil. p.* 78. Idem illud, non aliud quid actum fractione baculi in judiciis, adeoque lepida sunt, quae huic mori, in hunc usque diem retento, affinguntur et de irretractabilis sententiae symbolo circumferuntur, exemplo CLASENII *ad Artic.* XCVI. et KIRCHGESNERI *c. l. C.* X. § XVII. Appellatio, provocatio aut revocatio reo semper integra est, executionemque suspendit, sive ante, sive post fractionem baculi fiat. Imperator enim dum has indulget, *generatim* de die *executionis*, non praecise de revocatione ante *baculi* fractionem loquitur vid. *Artic.* XCI. *C. C. C.* Utrobique ergo reus ex mente legislatoris defensione sua audiendus est, spemque mitioris sententiae sibi concipere potest, si *justis* caussis stipatus fuerit, WILLENB. *de impoenit. ad mort. condemnat.* §. XXX. Fractio ab ipso judice baculum tenente fit, adeoque irregulare est, quod alicubi *lictori* baculus frangendus tradatur, quem

morem Hamburgi servari, testatur Beck. *de solem. fract. bacul. rit.* § XXVII. B.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXXVI. N. 52.

Imaginarium judicium criminale nullius usus. Auctor notatur.

Nihil salis, aut verisimilitudinis inest philosophiae Auctoris hic expositae, quin potius demiranda misera ejus diligentia, quam dicavit opinioni, quae monstro similior. Quidquid in constitutione judicii criminalis agitur, non *serio* sed *simulato*, imaginarioque actu absolvitur, cui, tantum abest, ut effectum juridicum adscripseris, ut potius integer actus ad inanes nugas redeat. Si quem usum habet, is auctoritatem publicam, quam imprimere populo gestit judex, vix egreditur, aut, si mavis, rudera venerandae *antiquitatis*, et figuram vetustae *accusationis* repraesentat. Quid autem opus accusatione cum similibus eidem mixtis; postquam leges processum *inquisitorium* probarunt, et ut vicem accusationis sustineret, Invexerunt. Nullam executionem esse faciendam praetermisso juris *ordine*, recte quidem asseritur, sed ad judicium, quod *dicis* caussa tantum constitutum, non quadrat. Tum cognitionem et condemnationem ab *incompetente* judice faciam non subsistere, quis in thesi negaverit? In hipothesi vero id perquam ridiculum est, de competentia ejus judicis, qui lege jubente, ac permittente, cognoscit, dubitare, aut, sub ulla specie sibi persuadere velle, *vitium*, si quod inquisitorio processu cohaeret, imaginariis quaestionibus ac consultationibus *purgari*. Et cur vitium caussis *capitalibus*, quas solas figurato judicio tractari, constat, tantum inest, non capitalibus non item? Vel sola haec differentia arguit, *arbitrariae* receptioni integrum actum deberi. Denique ad hoc, ut *terror* aliis incutiatur executio *publica* utique desideratur, vix vero affectatio inanium rituum. Unde recte errorem Auctoris taxarunt Oldekop. *contra Carpz. Dec.* II. *Qu.* IV. et Titius *jur. priv. Lib.* XII. *C.* XVI. § XXXI. Alia quaestio, an pompa ista tragica cum divis carminibus tanquam res indifferens tolerari possit? Quae dubio procul affirmanda, quum ne *Romani* quidem abstinuerint a similibus ritibus, classicum canendi, populo silentium imponendi, triste carmen, I. *lictor colliga manus, caput obnubito infelici arbori suspendito*, ipso executionis die recitandi, abstinuerint, ceu plenius docuit Brunquel *program. de solemnibus in executione sententiarum capit. a Roman. adhibit.* Neminem, inquam, offendet is apparatus, qui scit plebem, cujus tanto magis terrendi caussa is celebratur, longe melius ejusmodi actibus *sensualibus* quam alia quacunque *verbali* dirissima repraesentatione in ordinem cogi. Ita vero tota ista ludificatio ab observantia, et arbitrio superioris dependet, nec quidquam impedimento est quin sine cujuscunque laesione abrogari possit, ut factum in comitatu *Tyrolensi* teste Froelichio *ad C. C. C. P.* I. *p.* 324. *N.* VI.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXVII. N.34.

Epiletticis non remittendum supplicium, aliquando suspendendum.

De reis *epilecticis* saepe disputatum, an *differendum*, vel in aliud poenae genus *convertendum* supplicium, iis per sententiam destinatum. Berg *El. crim. pag.* 27. Posterius medium placuit Witebergensibus, teste Wernhero *P.* IV. *Obs.* XV. Mihi non sufficiens remissionis causa succurrit, quum nil proficiat commutatio, sed metus cujuscunque mortis, tragicum paroxismum producere possit, et sic ubique interruptio executionis immineat, sufficiatque, reum ad mortem destinatum esse. Facilius de *suspensione* quaeri posset, in ipso executionis momento paroxismus emergit. Nam tunc humanitas jubet, ne saeviatur in hominem, qui sibi non constat. Unde merito aliquantisper interruptioni indulgendum, recollectis autem a reo viribus, ad executionem mox procedendum. Quae a non nullis de inhabilitate condemnatorum ad fundendas preces et percipiendam adhortationem clerici obvertuntur, parum concludunt, quum misera sit praeparatio, et salutis aeternae cogitatio, quae ad ultimum vitae momentum relegantur, sufficiatque illam antea satis tentatam, et suo modo obtentam fuisse.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXVII. N. 39.

Reo pastorem suae religionis eligere integrum. Alius invito reo non obtrundendus.

Cujus *religionis* esse debeat sacerdos, ejus, quam profitetur judex, an, cui reus addictus, nec in *Art.* LXXIX. *C. C. C.* nec in *Art.* CII. *C. C. C.* definitum. Recta ratio pro posteriori pronuntiat, in quem solum *fiduciam* collocat miser, sine qua omnis admonitionis labor inanis. Quae enim expectanda contritio, pavaeque mentis exploratio, quoties, qui circumstat, nec orthodoxus, nec genuinis quaerendae salutis mediis instructus reo videtur. Et tamen *Zelus* religionis non nunquam efficit, ut judex pro suo arbitrio, *reluctante* reo, *dominatis*, non *ejus*, quam hic profitetur religionis clerico negotium hoc committat. Quod, quam absurdum, et a vera *pietate* alienum, nemo non videt. Dubitatum aliquando fuisse, memini a judice *evangelico*, utrum, quem reus *reformatae* religionis praeoptaverat animae medicum, salva *conscientia* admittere, et an non potius reus *invitus* cogi posset ad exaudiendum talem, qui *protestantium* dogmata profitetur. Obvertebatur, illud in loco purioribus sacris addicto rem scandalo plenam fore, nec sine *approbatione* religionis *peregrina* fieri posse. Posterius e contra in grande *meritum* abiturum esse, si ministro ecclesiae *do-*

minantis contigerit, reum in rectam viam reduxisse. Sed responsum ab ordine nostro, caussam *conscientia* hic subesse: prohibere rectam rationem ipsumque *Instrumentum pacis* ne *imperium* in alterius *conscientiam* sive directo, sive per indirectum admittatur: provocare Protestantes, quoties cum Catholicis digladiantur, toties ad *libertatem* conscientiae, aequum ergo esse, ut quod ipsi praeoptant, aliis indulgeant: esse autem hanc non minimam particulam istius libertatis, sibi eligere, secundum propriam confessionem medicum animae; fictitium et imaginarium scandalum a religione probata peti: admisso peregrino clerico non magis ejus fidei formulas approbari, quam, si cui secundum suae religionis formam *jurare* permittitur: conversionem delinquentis *alea* expositam, meritum vero pro incremento *ecclesiae* dominantis tantum non esse, ut vincat rationem vel legem: non iniquum quidem esse, ut judex periculum faciat *persuasionibus*, et cohortationibus, utrum reo commendare pastorem religionis dominantis possit, reluctanti autem semper optionem salvam manere. Neque aliter judicandum, si *Judaeum* ad mortem condemnari contigerit, cui, si fidei suae socium in ultimo hoc vitae articulo exegerit, talis concedendus, et *Rabbi* admittendus, ex eadem ratione, qua *liberum* suae religionis exercitium hujus sectae hominibus indulgetur, ceu recte ratiocinatur Willenberg. *c. l.* §. XL. Quid ergo si in loco nulla ejus *tolerantia?* quaestio haec coincidat, cum illa, quam cit. Auctor movet, utrum *Mahomedanis* erroribus addicto fidei socius concedendus? quam aeque affirmative decidit. *Tametsi enim*, inquit, *exercitium religionis hujus non publice, ut Judaeorum toleratur, quia tamen permissione assistentis paris fidei non nocetur reipublicae, desideranti vero morituro profutura creditur, ex aequitate ea haud denegari poterit.* Et quidni jure *gentium* uteretur ad mortem damnatus, quibuscunque demum erroribus addictus fuerit? Tantum autem abest, ut hoc jus imperium in alterius *conscientiam* probet, ut potius cum formulaa fidei diversitate nil commune habeat, sed quemlibet sibi sapere, et secundum propriam conscientiam agere, cum plenissima libertate non modo permittat, sed jubet.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXXVII. N. 41.

Spatium ad praeparationem concedendum. Inquisitorius processus non summarius.

Eandem differentiam inculcat Auctor *in dem Achts-Process. Tit.* X. *A.* I. § I. et praeterea rationem decidendi, cur in *non capitalibus* mox post intimationem sententiae ad executionem sit provolandum in processus inquisitorii, tanquam summarii, indole collocat. Sed parum accurate. Nam aliqualis *morae* in executione sententiae admittendae

non sola *praeparatio* caussa est, sed ipsa *defensionis* ratio, quae contra quasvis poenas admittenda, et sic jubet, ut reus *deliberare*, ac si opus cum defensore desuper *communicare* possit, quod fieri nequit demto per executionis praecipitantiam spatio deliberandi. Parva mora nulla mora, et quo securior est judex in executione officii, sui, eo justior. Ratio a praejudicio processus *inquisitorii* desumta, est ficulnea. *Summarius* audit hic processus tum ob defunctum accusatoris, tum ob omissionem *solemnium*. Cum substantialibus, rebusque connexis ista qualitas nil commune habet. His vero accensenda *defensio*, et quae ab ea separari non debet, super illa deliberandi facultas. Agnoscit hoc ipse Carolus V. *Artic. VIII. C. C. C.* nullamque quoad defensionem inter accusationem et inquisitionem differentiam admittendam esse, disertis verbis jubet. Quod ob rem satius erit, reo ad poenam corporalem damnato, tenorem sententiae rite manifestare, et ante executionem aliquod spatium deliberandi indulgere. Non multo aliter contra Auctorem disputat Oldekop. *Dec. II. Qu. X.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXXVII. N. 48.

Contumax in poenitentia agenda praeterquam si blasphema verba eructavit, graviorem poenam non experitur.

Ex professo hanc quaestionem tractat Willenb. *de impoenit. ad mort. condemn.* Simulque docet, quantum temporis spatium reo in hunc finem indulgendum. An autem ideo, quod in poenitentia agenda contumax est, poena exasperanda sit, uti quidem cum *Brunnem. de proc. inquisit. C. X. Num. XVI.* putarunt, Chilonenses JCti apud Mauritium *Cons.* XXVI *Num.* IX. merito dubitaverim, quum actus poenitere nolentis sit mere spiritualis, a potestate humani fori exemptus, nisi verba *blasphema* eructaverit, et hoc novo crimine reatum antecedentem adauxerit, quo casu non inique poena promerita paulisper aggravanda.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXXVII. N. 59.

Carnifex non infamis. Executio sententiae olim in Germania honestissima. Pedetentim maculae subjecta ex recepto jure Romano.

Quae de *infamia carnificum* circumferunt interpretes, vereor, ut fidem sint habitura apud aequos rei aestimatores. Infamia contrahitur nulla, nisi ob delictum, vel turpe factum. Neutrum vero officio carnificum cohaeret, adeoque lepida sunt quae de isthac infamia concionatur Zaxnius *de jur. munic. C.* XXXIII. *N.* V. Si quid est, quod carnificibus opprobrio esse potest, in *levis notae macula* quaerendum, quae sola *gravata opinione* absolvitur, nec delicto contrahitur, multo minus effectus infamiae *civiles* producit. Fateor *contemtum* erga carnifices esse publicum, sed caussa ejus non repetenda ex tricis, quorum Auctor *N.* LVIII. mentione facit, verum ex *sordido* muneris genere, et affectata juris *Romani* philosophia. Parum honeste de iis sensisse *Romanos*, vel hoc judicio est, quod is domicilium *extra* urbem assignaverint, *tintinnabula*, ad summovendum, ne contaminaretur, occurrentem plebem, gestare jusserint, eos e *peregrinis*, non civibus cooptaverint, a concionibus, quoties cum populo agendum, excluserint. Alia *majoribus* nostris haesit philosophia quibus nil minus ignominiosum, quam feralis sententiarum executio. Ignorarunt *peculiare* officium ad exequenda supplicia destinatum. Primis temporibus eodem functos esse *sacerdotes*, testis est Tacitus *de M. G. C.* VII. XI. Subsequentium temporum monumenta id delegant modo *scabinis*, iterum *accusatoribus*, tum *proximis* rei *agnatis*, plerumque *juniori scabino*, ea de caussa *Nachrichter* dicto. Neutrum *dedecoris* opinio avocavit a sumto supplicio Kranz. *Vandal. Lib.* IX. *C.* VIII. Et qui avocasset, quum ne *principes* quidem ignominiosum ducerent artem, latrones suis manibus suspendendi exercere, ut de Henrico Duce Magapolitano testatur Kranzius *in Vandalia L.* IX. *C.* VIII. Perduravit ista oeconomia inconcussa per plura secula, donec scena paulisper mutata, et poenarum publicarum applicatio Scabinis ademta, in *peculiare* munus abiit quod factum *Sec.* XVI. ubi passim audita vox *carnificis*, tanquam officialis pro sumendis suppliciis cooptati, ut de Dania B. de Ludewig *T.* V. *Reliq. pag.* 333. de civitate *Hannovera* Celeb. Grupen. *von den Alterthum der Stadt Hannover p.* 252. testantur. Quum enim circa haec tempora juris *Romani* principia pedetentim in Germaniam invecta, quid mirum? quod *Scabini* his subinde innutriti, missis moribus patriis, parum honeste de executione senserint, et hanc officii particulam cum annexa *ignominiae* opinione, ad peculiare munus relegaverint. Vera itaque et proxima caussa levis notae, qua carnifices laborare creduntur, debetur juri *Romano*, quod tantopere mentes majorem obnubilavit, ut omnem justi-

tiam, honestatemque una cum vituperio ex eo mutuandam existimaverint. Saltim eodem ipso tempore, quo serpere in Germania coepit ignominiae opinio contra carnifices nata, vetus consuetudo vero damnatos per *Scabinos* suspendi, exolevit. Si caussa agniti dedecoris, alia fuisset, ratio sufficiens cessaret, quod praecise in *haec tempora* incidisset, et nec *prior*, nec *posterior*, receptione juris Romani fuisset. Hoc ipso concidit eorum opinio, qui originem dedecoris a *clero* majore repetunt, et juri Canonico tribuunt, quasi clerus carnifices a *clericatu* arcere tentaverit, decorum clericale autem norma fuerit universalis, ad quam exacta omnis vivendi et judicandi ratio, adeo ut cujus consortium defugerent *ecclesiastici*, quemque ordine suo indignum existimarent eum, ceteri quoque laici velut *maculatum* derelinquere coeperint. Probandum enim ante omnia erat, clerum circa seculum XIV. demum ejus modi doctrinam professum fuisse, ante hac vero ignorasse. Vera omnino est illa cleri majoris imitatio in thesi, sed ea multis jam retro seculis infecit Germaniam, nec tamen in hypothesi efficere potuit, ut antea, quae more majorum obtinuerat honestatis in executionibus opinio, deponeretur, cujus multo *anteriora* vestigia superessent, si a clero mutuata fuisset maculae opinio. Jus *Canonicum* certe, quod carnifices a prima *tonsura* excludit, dudum in Germania percrebuerat, nec tamen effecit aut efficere potuit, ut Scabini a ritu exequendi destiterint. Quo colore itaque in hujus statutis detestatio latere potuit? Dicendum itaque, solius juris *Romani* observantiam tantae efficaciae fuisse, ut inveterata Germanorum philosophia contraria eidem cedere debuerit. Habes hic nucleum eorum, quae plurimis argumentis de qualitate officii carnificum ex jure Hebraeorum Romanorum Germanorumque evici in *diss. de honest. execut. poen. capital.*

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXXXVII. N. 66

Salvus conductus contra vim illatam carnifici minus exacte munere suo defungendis.

Multo magis talis, ei quidem et paulo gravior obtinet, si *dolose* excessum in executione commiserit, DOEPLER *p.* 592. Alia quaestio est, an aberratio ictus reo prosit ad *liberationem*, quam plures nimis praecipitantes affirmant contra scopum poenarum, quae absque *consumatione* exemplo aliis non inserviunt, et rationem juris, quae *impunitatis* beneficium ob *imperitiam* executoris non tribuit. Alia iterum, quomodo furor plebis in ictu aberrantem carnificem debachantis, coercendus. Olim populus sibi libertatem quocunque modo quid adversus eum moliendi restitutam existimabat, idque jus consuetudinis ubique defensum. Huc tendit concessio *salvi conductus* in *Artic.* XCVII. et proclamatio alicubi usitata, *dass sich niemand an thm bey Leib und Lebens Straffe vergreiffen soll.* Neque aliud vult jus *Lubecense P.* IV. *Tit. f.* quo quaevis *via facti*,

et si in sola laesione gravi consistat, tanquam species *factae pacis publicae* capite multata. Unde merito is furor, si eodem populum abreptum constiterit, hodienum coerceatur, et contraria consuetudo tanquam *irrationalis* rejicitur. Interim nequidem per *Carolinam* istud temeritatis monumentum eripi potuisse, docent exempla misera ita trucidatorum carnificum, quae ex sequentibus temporibus allegat Goblerus et Manzius.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII. N. 1.

Differentia expensarum criminalium et processus criminalis Dissensus Dd. ejusque caussa circa obligationem ad ferendas expensas. Culpa est proximum fundamentum. Advocatus fisci an liberatur?

Late patet appellatio *expensarum criminalium*, comprehenditque, quidquid durante processu criminali in usum ejusdem, quomodocunque erogatur, sive *cognitionem* cumque ea connexam *decisionem*, sive *executionem*, ejusque apparatum concernat: stricte tamen posteriorem vocantur expensae *criminales*; priores expensae *processus criminalis*. Catalogum ambarum texuit Beier *speciali tractatu*, et B. Parens *diss. de expens. crim. C.* I. § VII. Deo eo, quod circa priores juris, non adeo laborandum, postquam Ordinatio criminalis eum, qui onus illarum subire tenetur, satis depinxit. Majora dubia circa obligationem ad solvendas *posteriores* emergunt, adeoque disceptatio practicorum imprimis circa has occupatur. De pluribus huc pertinentibus speciebus passim egit Carolus V. determinavitque quenam ex illis, et a quo exigendae, nec tamen *omnes* casus in quibus de obligatione ad eas solvendas quaeritur, exhausit. Periculum itaque fecerunt plures JCti, totam hanc doctrinam certis *regulis* constringere, ad quas quaestiones quotidianae exigi possent. Qua quidem in re multum operae impedit Auctor, feliciores tamen fuerunt, qui de hoc argumento ex professo egerunt, B. Parens *c. loc.* et Kressius *ad Artic.* CCIV. *C. C. C.* et plures errores Auctoris detexerunt. Alii in casibus *singularibus* definiendis occupati, ingenio saepe nimis indulserunt, et probatis principiis, nescio quas *exceptiones* modo in his, modo in illis circumstantiis quaesiverunt, quo factum, ut tota haec doctrina pluribus disceptationibus in foro fuerit exposita ac pene depravata. Palmaria errorum ratio est, 1.) quod caussas *civiles* a *criminalibus* non satis distinxerint, sed has in quaestione de restitutione expensarum iisdem regulis, quae illas dirigunt subjecerint, neglecta prorsus omni, quae hic intercedit *diversitatis* ratione. Victum victori in civilibus regulariter ad sumtus obligari, non aeque victorem, in quem nullum factum culpabile cadere potest, ad illorum solutionem concurrere, expeditum est. Ast caussarum criminalium victores non semper ejusdem sunt conditionis, nec ubi *juramentum* vel *torturam* subierunt, *culpa* vacant, adeoque ad

eandem prorsus regulam exigi nequeunt. II.) Quod processum *accusatorium* et *inquisitorium* non sollicite distinxerint, nec quae Carolina, ex rationibus illi soli propriis disposuit, ad eundem, ut par erat, restrinxerint, sed regula *generali* inde fabricata, eam etiam ad *inquisitorium* trahenda esse existimaverint. Est quidem utriusque *finis* idem, sunt jura circa *examen, probationem, torturam* eadem: ast solus respectus *adversarii*, seu *contradictoris*, quem reus in accusatorio, non aeque in inquisitorio habet, quaestiones de ferendis expensis in tantum moderatur, ut, quae ibi obtinent, non omnino hic applicari queant. Ut enim taceam caussam contradictore instructam sua natura, *compensationi* expensarum admodum favere, non aeque eam, quae ex officio contra reum suscipitur, consequenter, quoties illam in legibus ita definiri contigerit, aliter rationes esse subducendas, si eadem species in processu *inquisitorio* emergit: notabilem utique *diversitatis* rationem hoc suggerit, quod, ex qua ratione in processu accusatorio, qui mere *voluntarius* est, quid adversus accusatorem statuitur, ex eadem, positis iisdem circumstantiis, in inquisitorio, quem legis *necessitas* excitat, contra judicem decerni nequeat. Quisquis accusat, sollicite inquirere, num caussa sit fundata, indagare potest, ac tenetur. Quod si non fecerit, sed plus fidei, quam decebat, in sua de crimine alterius opinione collocaverit, caussa postea fallente, accusationi contrarium et *fatalem* exitum sibi imputare debet, cujusmodi *culpae* species multum influit in obligationem accusatoris ad *ratam* saltim expensarum solvendam: de qua *Art.* LXI. *C. C. C.* Ea inspectio cessat in inquisitorio, ad quem instituendum judex criminalis, cui non omnis omnino delicti commissi suspicio defuit, *necessitate* quadam officii trahitur, quamque pro lubitu in medio relinquere non potest, adeoque facilius culpam, a qua expensarum solutio pendet, effugere potest, si, fallentibus indiciis reus se innocentem docuerit. Deinde accusationes magis ad regulas *processus* adstringuntur, inquisitiones contra potius ex regulis *aequitatis* naturalis reguntur, ut *liberius* prostet arbitrium, obligationem expensarum secundum praecepta jurisprudentiae *universalis* determinandi. Loquor de accusatoribus propriis, privatis ac voluntariis. Necessarii, quales sunt *fisci advocati*, pro forma constituti, nil cum his commune habent, nec impedire possunt, quo minus ad regulas processus inquisitorii omnes quaestiones in hanc accusationem incidentes exigantur. Nam antequam fiscalis constituitur, processus vere *inquisitorius* jam coeptus, judex per examen testium summariam caussam praeparavit, non rogatus, in ea indaganda sollicitus fuit; illa vero satis instructa pro *forma* fisci advocatum eligit, ejusque ministerio tantum utitur adversus reum principalem. Breviter, fiscalis non *ultro*, sed a *judice* provocatus accedit, nec quicquam accusando agit, quod *culpae* speciem haberet ei ex quo praejudicium quoddam in eum derivari posset; adeoque reapse perinde est, ac si judex *ex officio* processisset. Ita vero *culpa* palmarium est fundamentum definiendi expensarum praestationem,

immo ambitu suo usque adeo patens, ut in plerisque casibus rationem decidendi solidam suggerat, sive *accusator*, sive *delator*, sive criminis *reus*, sive *judex* ipse de ea convictus fuerit, quum nihil magis tam naturale sit, quam ut effectus morales in eum eosve redundent, qui factum imputatione dignum commiserunt, ut ex sequentibus patebit. Socia huic est ea caussa, quam a peculiari *utilitate* alicujus per expensarum certarum erogationem promota, seu a *aversione in rem* alterius peto. Verum isthaec paulo *arctioribus* limitibus inclusa, et pauciores, imo rariores sunt, quae ex isthac fonte profluunt casuum forensium species.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII. N. 15.

Ad poenam condemnatus reus indistincte expensas fert.

Est haec regula juris ac fori mere *Saxonici*, ad terras *Brunsvicenses* tamen translata teste Puffend. *proc. crim.* C. XXI. §. XX. Albi ea ignota, et passim legibus *provincialibus* improbata, ut factum in terris *Borussorum Ordin. cr.* C. XI. §. 5. Ipsas rationes, quibus vulgo exemplo Carpzovii defenditur, sigillatim profligavit B. Parens *cit. loc.* C. II. § VIII. eisque si a clara dispositione constitutionum Electoralium recesseris, nil solidi inesse docuit, imo vel sola conglomeratio trium exceptionum, quas ut in *El. jur. crim. Sect.* I. *c. f.* § CCLXI. docui, Saxones 1.) ob *gratiam* a principe factam. 2.) *Commutationem* poenae corporalis in pecuniariam. 3.) *Privatam* virgarum exercitionem fingunt, valde suspectam regulam vulgare faciunt, quum fundamentum istarum quasi poena corporalis cum *effectu* capienda, et sic *regula* de hac sola accipienda sit, arguat, cum inconstantiam, tum agnitam imbecillitatem ratione ab Auctore prolatarum, quae, si stringerent, immunitatem etiam in his casibus probarent, nec JCtos Saxonicos provocarent ad novum ab *effectu* petitum asylum, recurrendi. Interim constantiam praxeos in praesenti quaestione agnoscunt JCti Saxonici, quam tamen non ita pridem in *furibus* limitavit *Augustissimus* legislator *Saxo*, teste Wernhero *P.* V. *obs.* XVI. Quanto rectius Anton. *Mathaei de cr. Lib.* XLVIII. *Tit.* XVII. *C.* XII § XVI. B. Parens *c. l.* Brunnem. *de proc. inquisit. C.* IX. *N.* III. Ludovici *proc. crim. C.* XII. §. XVI. ad poenam quamcunque condemnato onus refundendarum expensarum imponunt, eo, quod compensatio laborum, ejusque, quod ex *patrimonio* abest, quo expensae processus criminalis redeunt, cum *poena*, quae vindicandi delicti caussa imponitur, nil commune habeat, porro ipsa *poena* per sententiam imposita argumentum, omni exceptione majus, reum *caussam proximam* expensarum esse, constituat; denique *cautio* de expensis reo ejusve consanguineis *Artic.* XLVII. *et* CLIII. *C. C. C.* injuncta huc unice tendat, ut non purgatis indiciis, nec innocentia probata, in reum unice redundet onus restituendi id, quod impendi debuit, quaecunque

demum poena immineat. Hoc solum ex legibus in foro retentum, ut judex carnifici *mercedem* solvat, et expensas *executionis* indistincte subeat. Id enim jubet *Artic.* CCIV. *C. C. C.* isque tantum de his loquitur, ut recte sentit Kress *cit. l.* § XV. *N.* V. Inde vim facit verbis Bluml. *ad Art.* CCIV. *Num.* VIII. *C. C. C.* qui, solis alimentis exceptis, omnes omnino processus expensas eo contineri, reumque poena corporali affectum, ab harum solutione absolvi, statuit, a quo non multo alienus Froelich *P.* I. *pag.* 330.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII.N. 24.

Auctor contra Oldekopium defensus. Expensae processus criminalis vicem poenae non subeunt. Tergum subsidiarium non ad solas pecuniarias poenas pertinet.

Specie singularis justitiae zeli magno impetu hanc sententiam impugnat Oldek'. *Dec.* V. *contr. Carpz. Qu. VII.* caussatus, regulam de *tergo subsidiario* ad solum reum, cui poena *pecuniaria*, suo delicto probato, imminet, pertinere, et hanc rationem habere, ne egentes eludant judicia, atque crimina sua dolose perpetrata cum magistratus contemtu impune ferant, tum leges jubere, ut in casu inopiae ex aerario publico peti debeant expensae, quod autem in favorem *reorum* introductum, in odium detorqueri non posse Non inquiram in praesenti, utrum restitutio expensarum *vicem poenae* subeat, an ad *rei persecutionem* pertineat? Id enim ab aliis satis excussum. Vocatur aliquando poena, ut patet ex *Tit. de poen. tem. litig.* et ita dici potest, quatenus *invito* imponitur, et onus non leve continet. Vere tamen pro *compensatione laborum*, ejusque, quod erogatum est, isti sumtus solventur non pro vindicando delicto, quod *poenis* proprium, fatente Fabro *in C. Lib.* IV. *Tit.* XII. *def.* I. Et, qui poenae rationem haberent? postquam etiam eos gravant, qui mediante *purgatorio* prorsus absoluti. Multo minus evinci potest, ad eas *tergum subsidiarium* extendi haud posse. Equidem nec Willenberg nec Menke, qui integram, *de tergo subsidiario* dissertationem scripserunt, hanc quaestionem detigerunt sed in genere tantum poenae hoc *vicarium* jus esse, supposuerunt. Ast recte ostendit Marcus Rhoden *de tergo subsidiar.* § XXXIX. principiis juris non refragari, quoties usus hujus regulae ad eos extenditur, qui ex *facto illicito* ad damni reparationem seu interesse *privatum* conveniuntur. Certe *l.* 49. *de administrat. tut.* ejusmodi expiationem sole clarius probat. Cui etiam congruit ratio generalis, ne inopia rei judicium *deludatur*, ejusque obligatio perfecta prorsus *inanis* fiat. Ob hanc ipsam *decoctoribus*, qui non solvendo sunt,

non inique *corporale* supplicium subeundum. Cur itaque simile jus in aliis debitis e facto *illicito* natis non obtineret? Neque alia est mens pontificis in *C.* 5. X. *de dol. et contum.* ex qua quilibet in expensas condemnatus *secundum arbitrium discreti judicis*, *solvendo non est*, *puniri debet*, *ut hoc timore perterritus non falsas exceptiones obiiciat*. Hactenus de ratione prima. Altera manifeste *particularis* est, ad impensas in *alimenta*, vel *defensionem* restringenda, ut patet ex *Artic.* XLVII. CLIV. CLXXVI vel ad summum tunc fundata, quum reus a *poena* quidem, non ab *expensis* absolutus est. Hic vero de reo ad poenam criminis condemnato quaero, cujus gratia nuspiam, ut judex expensas ob illius inopiam ferat, dispositum neo ulla ratione prodita, quae huic favori in odinm *magistratus* suffragatur. Unde usum praesentis axiomatis in expensis criminalibus probare non dubitarunt Lynker, *Resol.* CXXXV. Beier *de expens. cr. C.* VI. *N.* CLVIII.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII N. 38.

Rei inopis consanguinei ad ferendas expensas in defensionem obligati.

Hanc obligationem imprimis firmat *cautio* eapropter exacta in *Art.* CLIII. quae reo, cujus et innocentiae obligationem probare, incumbit. Licet enim ea *consanguineis* fuerit imposita, textus tamen nec *exclusive* loquitur, nec adeo planus, quin de ipso reo, consanguineos *fidejussores* constituente, accipi possit, uti quidem divinatur B. Parens *cit. l. C.* II. §. VIII. Sed fac, eum de consanguineis, per alios fidejussores satisdantibus loqui, quid aliud inde colligemus, quam quod legislator, ad morem vetustum respexerit, quo integra *cognatio* caussam reorum agere, eumque defendere solebat, cui eadem ratione pro *integritate judicii* cavere incumbebat, qua ipse reus, semet ipsum defendens, ad illam adigi poterat. Ceterum nihil interest, utrum pro avertenda inquisitione, tortura, vel poena impensae factae, quia utrobique eas in specialem rei *utilitatem* factas esse, sufficit, nec *Art.* LXI. CLIII. CCIV C. C. C. circa defensionis speciem distinguat, Kress. *cit. loc.* §. VII. *N.* II. Solus *inopiae* casus has *magistratui* inquirenti imponit, quod tamen de defensore a *judice*

constituto, non a reo adoptato intelligo. Hic posterior enim omnia *suo* et *rei* periculo agit, ut non ita pridem ab Ordine nostro judicatum.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII.N.37.

Heredes ejus, qui mortem in carcere sibi conscivit, expensas subeunt. Idem si morte naturali periit. Rejecta distinctio utrum defunctus litem contestatus sit nec ne?

Si reus nondum *condemnatus* decedit, duo casus concurrere possunt; alter, quo quis mortem sibi *conscivit*, alter, quo sine tali facto in carcere *moritur*. Priori casu *ficta* adest condemnatio, quae hac in parte *verae* respondet condemnationi. Distinctio enim *Articulo* CXXXV. *ob er Leib oder Guth, oder sein Leib allein vervvürcket*, manifeste referenda ad quaestionem de *bonorum* confiscatione, cum refusione expensarum nil commune habet, intuitu cujus sufficit, quod ex *conscientia* criminis *voluntariam* mortem subierit. Quum enim talis propricida pro *condemnato* habeatur ad effectum publicationi bonorum imminentis, quae *major*, quanto magis idem obtinebit circa solam *expensarum* restitutionem, quae *minor* est. Ita recte sentit B. Parens *cit. loc. C.* III. §. IV. idemque ad eum casum extendit, quo reus sponte, vel sub tormentis vere confessus, in ea caussa fuerit, ut, si vixisset, *formalem* condemnationem non effugisset, quum confessio vera adhuc fortior sit, ficta, quae sub *authochiria* latet, condemnatione. Posteriori, itidem Auctoris sententia vellicat. Neque enim expensae ex *condemnatione* praecise debentur, sed ex facto *culposo*, quo inquisitioni caussa data. Hoc ubi adest, de obligatione heredum tanto minus laborandum, quanto minus ipse reus sine *purgatorio* dimitti non potuisset, sed ex hoc capite, si vixisset, expensas solvere debuisset. Sunt, qui utrum reus *ante*, an *post* responsionem ad articulos decesserit, distingnunt, Beier *de expens. crim. N.* XXVI. sed parum accurate, tum qnia restitutio expensarum non ad *poenam* sed meram *rei persecutionem* pertinet, adeoque exulant ea, quae jus *Romanum* circa actionem *poenales* sanxit, tum quia jus *Canonicum* heredes ad omnia damna ex facto *illicito* data *indistincte* condemnat *C. f. de sepult. C.* 5. X. *de rapt.* Titius *jur. priv. Lib.* V. *C.* V. § X. *Stryk.* U. M. *Tit. de l. Aquil.* §. *V. Conf.* B. Parens *cit. loc.* §. VI. VII.

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII.N. 57.

Expensas executionis accusator non subit, sed magistratus.

Haec sententia cum antecedentibus non cohaeret. Ipse *Art.* CCIV. *C. C. C.* qui regulam constituit, expensasque criminales determinat, de *accusatorio* processus loquitur. Hoc si verum, vix, ut Auctor putat, in processus accusatorii indole *limitatio* quaerenda, onusque in accusatorem derivandum, quod ipse Carolus non huic, sed *judici* imposuerat. Quum enim ne reus condemnatus quidem expensas *executionis*, de quibus unice hic quaeritur, sustineat, quanto minus iis accusator, qui nil illicite fecit, onerari poterit. Neque sententiam Carpzovii probat *Art.* XII. qui de accusatore in *probatione* deficiente, non de reo *convicto*, ad quam praesens oratio pertinet, agit. Si quid accusatori expensarum nomine propter reum condemnatum incumbit, id impensas ad *instantiam* ipsius, inque ejus peculiarem *utilitatem* facias, vix egreditur. Reliquas omnes, etiam in accusatorio, aut reus, aut judex subit, prout, aut propter cognitionem, aut executionem torturae, poenaeque criminalis factae.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII N.68.

Heredes violenter occisi expensas processus criminalis non subeunt Patre mortuo num liberi sectionis expensas ferant?

Heredes occisi *vindictam* judici *committere* tam falsum, quam quod falsissimum est. Commissio ista jus vel obligationem penes committentes remanere utique supponeret, quum quod penes aliquem non est alteri committi nequeat. Olim *heredibus* occisi incubuisse vindictum mediante accusatione perficiendam ex SCt Syllaniano discimus, ne, his onera accusationis defugientibus, aliis, vero *inscriptionis* vinculum cohorrescentibus, reus, contra quem judex *ex officio* procedere non poterat, vindictam promeritam effugerat. Ast introducto processu *inquisitorio*, et probata deferendi delicti facultate, non est, quod impunitatem rei metuamus, quandoquidem judex non tantum *potest*, verum etiam *tenetur*, adversus illum procedere, ea necessitas vero omnem spem inulti homicidii praecludit. Lex itaque inquisitionem judici committit, efficitque, ut *proprium*, non *alienum* privati negotium gerat. Quo posito, fundamentum requiro, cui praesens conclusio superstrui posset. Si quod superesset, non aliunde, quam ex *officio*, vindicandi necem repeti posset. Sic enim magistratus negotium *heredum* gereret, et ideo jus haberet, ab illis actione *nego-*

tiorum gestorum indemnitatem petendi. Cadente vero illo, indemnitatis petitionem juri nostro repugnare oportet. Mirum itaque quod KEYSERUS *pr. crim. P.* I. *p.* 299. et LYNKERUS *Resol.* XLIV et *Resp.* CIII. in verba Auctoris jurare potuerint, quibus ex asse satis fecerunt B. PAKENS *c. l. C.* II. § IV. WERNH. *P.* I. *Obs.* CLVI. Huic non multo dissimilis quaestio, utrum *sectionis* expensae, quoties medici defunctum qui occisus ferebatur, e morbo abiisse renunciarunt, *liberi* restituere teneantur? Ita visum Vitebergensibus apud LEYSERUM *Sp.* DXCVIII. M. XXV. Aliud propugnavit LYNKER *c. loc.* Pendet decisio a quaestione *praejudiciali*, utrum hae expensae sumtibus *funerum* accenseri possint, quam nego, quum aliud sit, *sepulturae*, aliud *vindictae* publicae sumendae caussa quid impendere; huc, non illuc tendit inspectio cadaveris. Eodemque modo merito accipienda, quae in contrarium allegatur *l.* 37. *pr. de releg. Quidquid corporis caussa antequam sepeliretur, consumatum est, funeris caussa impensum videtur*: Judicio *criminali* enim cum *funere* nil est commune, sed tota ejus inspecto ad caussam *publicam* pertinet. Funeris impensae vero semper respectum habent ad hoc, *per quod funus ducitur*, ut aliae similes erogationes a legibus huc relatae, *l.* 14. §. 34. *de relig.* satis evincunt, ex quibus merito interpretationem capiunt verba, *in corpus impensum.*

OBSERVATIO VIII.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII. N. 75.

Subditis libertatis praesumtio prodest contra expensas. Pactum cum domino jurisdictionis initum non facile extendendum. Quid si dominus consuetudinem vel praescriptionem objiciat?

Tituli, quibus haec *collecta*, ejusve mensura contra subditos defendi solet, sunt *pactum*, *consuetudo*, *praescriptio*. Omnibus hoc commune est quod *1.*) temere *extensionem* non admittant, porro inter sumtus *criminales*, ad quos forsan se obligarunt, et in *processum criminalem* erogatos non perpetuus sit nexus, denique *tantum* praescriptum sit, quantum *possessum*, quia expensarum onus jus *extraordinarium* continet, quod cum *libertate* subditorum pugnat. 2.) Quod ex *libertatis* praesumtione *specifice* probari debeant ab iis, qui in exactione se fundant, BEIER *de expens. crim. C.* IX §. XIV. Praeterquam, si in *thesi* ad eas se obligatos profitentur, in *hypothesi* immunitatem praetendunt, quo casu, quia ex *confessione* praesumtio iis resistere incipit, *restrictionem*, in qua subditi se fundant, probare ipsi tenentur. Usum haec observatio habet, si ex *observantia* alicubi ad restitutionem expensarum se obstricto tum profitentur, quum delictum *sub jurisdi-*

ctione nobilis commissum, vel poena *capitalis*, aut *corporis afflictiva* imminet aut *actu* executioni data, judex vero jure *deprehensionis* contra reum processerit, vel *mitior* poena imposita, vel *gratia* reo a principe facta, Reinhard *de expens. crim.* § XXXVII. Nominatim, si ex *pacto* cum subditis debentur, regulae interpretationis omne punctum ferunt, et sic ex indole *rationis*, pacto insertae, omnino *extensioni* locus, modo meminerimus, in *dubio* contra dominum *pro subditis* concipiendam esse sententiam. Atque ex his principiis decidenda quaestio, utrum *certi* pagorum *tractus* sociati, qui, impensas processus criminalis criminum ibi admissorum solvere, cum *domino jurisdictionis* pacti sunt, ut in *Lusatia superiore* factum, Horn. *Lib.* X. *C.* XII. *f.* 872. illos tantum pro *indigenis*, an etiam *forensibus* ferre teneantur, de qua ex professo egit Rivinus *diss. de oblig. universit. expens. crimin. inquis. indistinct. suscept. etiam pro forens. praestand.* Subditis enim gravissime obstat cum principium antea expositum, secundum quod in *thesi* onus pro indigenis agnoscunt, *hypothesi* pro forensibus solvere recusant, tum quod rationem pacti constituit, *bonorum publicum*, quod in communi securitate consistit, et severa vindicta non minus contra indigenam, quam extraneum obtinetur, tum denique indoles fori *deprehensionis*, vi cujus domino jurisdictionis jus est, contra omnes, sive sedem fixam habeant, sive non, inquirendi, imo obligatio incumbit, provinciam malis hominis purgandi. Hae, inquam, rationes sufficiens fundamentum, tale pactum *late* interpretandi, atque a dubiis, quibus subditi ex rationibus *generalioribus* id impugnare solent, liberandi, suggerunt. Hactenus de pacto. Sin *consuetudine* firmatur obligatio, decisio ex actuum *aptitudine*, et utrum actus *voluntarii*, *spontanei*, an vi majore et violenta executione muniti, quorum illi validi, hi vitiosi sunt, pendet. Denique si *praescriptio* allegatur, sollicite inquirendum, utrum *possessio* domini sit *quieta*, an *contradicta*, sive palam qualicunque reclinatione, limitata, quorsum etiam solam *murmurationem extrajudicialem* refero, cujus contra potentiorem, qualis plerumque est *dominus*, magnam vim esse, ex professo docuit Schneider *de usurpat. per murmurationem*. Titulis his cessantibus, subditi, *qua tales*, temere eorum erogatione non praegravandi, quum nec natura *jurisdictionis*, judici propriae, nec indoles *subjectionis* validum momentum, unde jus *perfectum* sumtus tales exigendi repeti posset, subministret, nec leges Carolinae ullibi, quoties de solvendis illis agunt, *subditorum* mentionem faciant, imo potius onus hoc in *subsidium*, reo non solvendo existente, *magistratui* imponant *Art.* XLVII. LXI LIV. *C C C. C.* qui incommodum istud, cum *fructibus* jurisdictionis pensare tenetur. Subditi certe in partem fructuum, et poenarum non veniunt, adeoque iniquissimum foret, lucro hoc magistratui relicto gravamen iis imponere, Leys. *Sp. XV. Num. XI.* Berger *oecon. jur. pag.* 1204. Etsi

enim nemini *officium damnosum* esse debeat nec quis *suis stipendiis* militare, aut *propriis* sumtibus servire teneatur, id tamen manifeste fallit, quoties huic *aliunde* reditus obveniunt, quibuscum hocce onus subeundarum expensarum criminalium compensari potest. Neque aliud *salus publica*, quae hic plerumque obvertitur, suadet, quum eandem ipsam ob caussam judicia adornentur, reditus magistratibus assignentur, ut ea, quae ad jus *publicum* pertinent, sarta tectaque servent, adeoque aut ad *magistratum* aut ad *principem* pertineat, media huic fini idonea circumspicere, sine speciali subditorum onere, quos aliunde sat gravatos constat. Saltim aliter non philosophatur CAROLUS V. nec judicabunt alii, qui norunt, speciem obligationis *generalis* cedere *speciali* in muneris conditione undatae.

OBSERVATIO IX.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII. N. 82.

Ab instantia absolutus expensas non subit. In accusatorio, post definitivam absolutionem ob probabilem caussam compensatur: in inquisitorio ad onera jurisdictionis pertinent. Fiscalis utrum solvat? cum distinctione exponitur. Factum culposum vel dolosum reum, etsi absolutum, condemnat in expensas. Quid si pendente inquisitione variaverit? Quid si post sustenta tormenta vel juramentum absolutos.

Hactenus de reo *condemnato* actum. Jam videamus quid circa *absolutum* quo ad expensas *processus* criminalis quaestio moveri potest. Quales sunt, quae in *cognitionem* criminis impenduntur. Videlicet absolvitur reus vel *pure*, vel praevio *juramento* purgatorio, vel post superata *tormenta*. Ubique inconcussum manet axioma, reum absolutum expensis his se subducere non posse, quoties *culpa* sua cognitionem criminalem caussavit. Id enim in recta ratione manifeste fundatum ut, quo jure ei, qui de nullo facto culpabili convictus, nulla addi queat afflictio, eodem viceversa non iniquum sit, ut is ferat damnum, et laborum pensationem subeat, qui illis *caussam* proximam dedit. Per *culpam* intelligo factum *illicitum*, vel *indecorum*, vel certe *imprudens*, quod in persona rei imputationis non expers est. Non enim

sufficit factum *indifferens*, quod judicem licite excitavit, et sic occasionem inquisitioni dedit, sed in persona rei imputabile haud est. Qua ratione recte distinguit Berger *Resol. ad Lauterb. Tit. de jurej.* inter facta reorum *illicita* a meris *suspicionum* caussis, quae ex factis *innoxiis* oriri, judicem tamen ob inde conceptam *justam* praesumtionem, ad inquirendum provocare possunt. Tunc enim judex, et reus, damnum, quod passi sunt reputare debent, ille quod operam *gratis* impenderit, hic quod *defensionis* et *alimentationis* sumtus ferre debeat, ut recte judicat Reinhard *c. l.* § V. Jam fiat applicatio. Prior casus ad reum *pure* absolutum pertinet. Absolvitur reus vel *definitive* vel ab *instantia*. Posteriori casu vel sola indoles absolutionis praecipitantiam judicis inquirentis vel insufficientiam indiciorum evincit: utraque vero tantum abest, ut inquisitum *culpae* reum arguet, ut potius eam in *judicem* temerarium relegat, qui cautius procedere debuisset, nisi reus ad juramentum *purgatorium* vere gravatus, ex solis prudentiae regulis, ob imminentem perjurii metum ita dimissus fuerit, quod persaepe in foro criminali fit, sed non aliter, quam cum condemnatione in expensas. Priori eadem liberatio tanto certius admittenda, quanto magis luctuosum foret, calamitatem cum *inquisitione* conjunctam condemnatione in expensas adaugere velle. Equidem in *accusatorio* processu distinguitur, utrum accusator *probabilem* accusationis caussam habuerit, an *nullum*, ibi *compensantur* expensae, hic ad onera jurisdictionis pertinent, *Art.* CCII. *C. C. C.* Id vero ad inquisitorium trahi nequit, qui magis ad regulas *aequitatis* naturalis adornatur, quem in finem judicem, non obstante officii necessitate suspicionum verisimilitudine, v. c. ob effata testium, qui postea falsarii apparuerunt, omnes expensas remittit. Kress. *cit. loc.* § XXI. Licet enim ex officii necessitate tum judicem excusare videatur. Ludovici *proc. crim. C.* XII. §. XV. non ideo tamen reus, qui vere *innocens* repertus, temere gravandus. Verum est judicem omni culpa vacare. Ast quid reo hoc casu imputabitur? Deceptus est non reus sed judex, nulla autem ratio apparet, ob quam damnum alicui datum a *tertio* sit devorandum. Quid ergo aliud superest, quum ut judex damnosum hocce factum, tanquam *casum fortuitum* ferre tenetur, ut tamen, si temeritate delatoris provocatus fuerit, ipsi regressus adversus delatorem pateat Carpz. *P.* II. *Dec.* CXXXVIII. *N.* XIV. Par ratio est *advocati fisci*, qui dolosa vel temeraria accusatione famam alterius *ultro*, non excitatus, labefactare studuit, quem justissima ex ratione in easdem impensas condemnat Leyser *Sp.* LVI. *Num.* VI. Qui enim *jusso* superioris contra innocentem prodiit, eum obediendi gloria satis excusat, adeoque tum ipse reus *per accidens* calamitatem fatalem expensarum subit. Hoc amplius qui vitae *improbitate*, et perversus *moribus* vel saltim facto *imprudenti* caussam inquisitioni dedit, quia culpa non caret, etsi singulari Dei providentia *verus* criminis *auctor* detectus fuerit, in eandem sortem collocandus, Brun. *C.* II. *Dec.*

XXXVIII. cui sine caussa contradicit Thonniker *cit. l. C.* XVI. *Num. XIX.* Neque aliud de facto imprudenti a reo perpetrato dicerem, quia etiam hoc culpam, quae praesentem obligationem parit, continet. Kress. *cit. loc.* §. *XXI.* ut ecce: si quis rem furtivam rite requirentibus, resistit, vel rem furtivam inconsulto ab homine *incognito* emit quas species habes apud Leyserum cit. *M. V. VII.* Plane si vel maxime *initium* inquisitionis vitiosum est, reus tamen pendente ea *variando*, ac *titubando* inconstantiam suam ostenderit, nil obstat, quo, minus ipse reus in expensas condemnari queat, quum nil referat, utrum quis facto culpabili caussam inquisitioni inchoandae, an peragendae dederit Berg. *Resol. ad Lauterb. p.* 190.

Alter casus sistit reum praevio *juramento* absolutum. Quae hic sit plerorumque et Auctoris nostri sententia, late propugnant Kress. *Art. CCIV.* §. *XXII. C. C. C.* B. Parens *cit. loc.* C. *III. M. VIII.* Ego rem unice defectu vel concursu facti *culpabilis* temperandam puto. Hoc qui commisisse convictus, et ideo ad juramentum condemnatus fuerit, non habet, quod de condemnatione in expensas queratur, sive ea in vita *probrosa* generatim lateat, sive delicto praesenti *speciatim* cohaereat, veluti si quis rixae auctor, vel alias socius fuerit, sed juramento, *dass er dem Entleibten den tödtlichen Stich nicht zugefügt*, se purgaverit, Berg. *El. crimin. suppl. P. II. Obser. CLXVII.* Wernh. *P. I. Obser. CXCVII. P. III. Obs. CXVIII. Num. V.* Schubarth *de condemnat. in expens. jurisjur. comit.* §. *IX.* Leys. *cit. loc. Med.* II. Aliud de eo dicendum, qui ob fortuita indicia et facta per se indifferentia, suspicionem tamen conciliare apta, jurare jussus. Is enim utique melioris conditionis esse debet, tum quod culpabile factum non commisit, tum quod inquisitionis molestia aliquando suspensa ab officio, iterum carceris injuria, imo in genere cum inquisitione conjuncta ignominia, quam gratis subire debuit, eum ab hoc incommodo prorsus liberet. Ab his tamen excipiendi sumtus in defensionem impensi et sic in proprium commodum facti, quos reus indistincte ferre, et aeque, ac magistratus, ceteros casus fortuitos subire tenetur.

Denique *tertio* casu ii, qui *tormenta* sustinuerunt comprehenduntur. Circa hos ex iisdem principiis ratiocinatur Leyser *Sp.* DCXI. *Med.* I. ex quibus rationes paulo ante decerpsi, et extra casum facti fraudolenti, vel culpabilis, reum ab hoc onere absolvit, multo aequior Beyero, qui eandem fovet sententiam, licet reus facta probrosa, ex quibus judex indicium cepit, confessus, aut eorum convictus fuerit. Fundamentum sententiae in *Artic.* LXI. *C. C. C.* collocatur, qui, quum reum tantum in sumtus *alimentorum* caussa factos condemnat, a reliquis absolvit. Alias adhuc rationes pro hac sententia coacervat Kress. *cit. loc.* quae maximam partem a *purgatione* omnium *indiciorum* repetuntur. Mihi, ut verum fatear, casus, quo sine culpabili facto quis ad cruciatus raptatur, vix dabilis videtur, sive tradita juris Carolini, sive vulgare nostri aevi odium, i

torturam conceptum, spectes, quibus tortura adeo constringitur, ut ex solis caussis suspicionum, si factum culpabile defuerit, ea locum vix habeat. Fatetur id ipsum Leyserus, *huc usque, ait, exemplum non vidi in quo reus tortus constanti inficiatione se plane purgavit. Quotiescunque innocens tortus dicitur, semper in prompta est aliquid illicitum, quod fieri a reo non debuisset, quodque judicem cum aliis suspicionibus ad tormenta provocavit.* Ita vero de lana caprina disputatur et non entia liti immiscentur. Quanto rectius alii eum, qui tormenta superavit, *indistincte* ad expensas, quasi ordinarie propria *culpa* caussatas, condemnant, maxime quum hic multo major ratio, quam casu priori occurrat, et parum cohaereat; ex paucioribus et remotioribus ad purgatorium aptis reum in expensas condemnare, contra ex gravioribus torturam probantibus eum absolvere velle. Certe *Artic.* LXI. *C. C.* C. ad quem dissentientes provocant, manifeste de *accusatorio* processu loquitur, qui *voluntarius* et ideo majorem cautionem in decernenda accusatione requirit, quam *inquisitorius*. Hic judicem nolentem, volentem obligat, ut suspiciones pedibus sequatur, et inquisitionem tamdiu donec de innocentia constet, continuet. Unde facilius in accusatorem rejicitur quod judex, inquirere coactus, salva aequitate, perferre nequit, maxime quum praeter judicem vero nemo sit, a quo salva fronte exactio ista fieri posset, quam ipse reus. Quae porro de purgatis indiciis allegant, solum ad *poenam* respectum habent. Facta enim infecta fieri nequeunt, et absurdum est, asserere factum ejus, qui probrose visit, vel auctor rixae fuit, vel rei illicitae incubuit, per torturam esse purgatum. Praeterea super his non tortus est, sed tantum ex illis praesumtum et collectum homicidium, vel aliud delictum, superatis tormentis declinavit, non aeque vitam probrosam, aut rem, in qua versatus est, illicitam, de qua ex confessione, vel aliunde eum convictum esse oportuit, quoties in his usus torturae fundandus. Multo minus Wernherus *P.* I. *Obs* CCLXVII. *P.* III. *Obs.* II. audiendus, quem ratio sustentorum *dolorum* provocavit, ut mitius cum hoc, quam cum eo qui juravit, agendum esse judicaverit. Imo vero majori odio dignus, qui ad equuleum gravatus in contumacia perduravit, et sic longe durior hujus esse debet conditio, quam ejus, qui tantum *spiritualem* torturam subiit. Neque in exantlatis doloribus *meritum* quaerendum, unde jura pinguiora hic reperi possent, quin potius per eam suspicio factis probrosis contracta, pensata ac coercita censetur reus vero cruciatus perlatos sibi *imputare* debet, ut ait Carolus *Art.* XLI. *dann man soll sich nach der Sage der Rechten, nicht allein vor Vollbringung der Ubelthat, sondern auch vor aller Gestaltniss des Ubels, so bösen Leumuth, oder Anzeigen der Missethat machen, hüten, und wer das nicht thut, der wird deshalben gemeldter seiner Beschwerd selbst Ursach seyn.* In eo tamen omnes conveniunt, ab expensis eas, quae in *executionem* torturae factae, escipiendas, et ad aerarium propter *Art.* CCIX. C,C.C. remittendas esse.

OBSERVATIO X.

AD

QUAESTIONEM CXXXVIII. N. 85.

Hypotheca tacita, non aeque privilegiata ob expensas judicis criminalis.

Admitto hanc sententiam, si a subditis colliguntur quia tunc *tributi* ac debiti *publici* rationem habent. Haec inspectio cessat in *judicialibus* a reo, vel accusatore solvendis, quibus nullibi privilegium *praelationis* concessum, nec aliud jus inest, quam quod *simplici* debito cohaeret. Unde nescio, quid Harprechtum *Resp.* XCII. *Num.* CCCCIII. persuadere potuerit, illas ad *primam* classem referendi, obtentu debitorum *fiscalium*. Nam non omne debitum fiscale simul absolute privilegiatum est, quandoquidem hanc qualitatem sola lex conciliare apta est, quam intuitu expensarum cessare, B. Parens *cit. l.* § *f.* satis superque docuit. Interim hypothecam *tacitam* fisco in bonis debitorum competere constat ex *l.* 2. *C. in quib. causs. pign. tacit. const.* quam non modo in bonis eorum, quibuscum *expresse* contraxit, uti vulgo Dd. sentiunt, sed in aliis quibuscumque debitis, aliunde ortis, habet. *l.* 46. § III. *de jur. fisci.* Bachov. *de pign. Lib.* I. *C.* IX. *N.* I. *Lib.* IV. *C.* X. *N.* I. Cujus rei consequens est, ut quum judices, merum imperium habentes *jure fisci* ex consuetudine fruantur. Mev. *ad jus Lub.* II. *Tit.* II. *Obs.* XIV. *N.* XV. Struv. *Ex.* XLIX. §. XXXIII. eadem hypotheca ad expensas processus *criminalis* sit referenda. Alia quaestio est, an moto concursu super bonis delinquentis, *anterioribus* hypothecis *privatis* vel posterioribus publicis praeferatur, quod gratis asserit Leyser *c. l. M.* X. Est enim haec hypotheca non *publica* sed privata et *tacita*, B. Parens *de praerog. hypoth. public.* Carpz. *P.* I. *L.* XXVIII. *Dec.* CII Muller *ad Struv. cit. l.* § XXXVII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXXXIX. N. 27.

Ratio et usus appellationem ex veteri et recentiore aevo.

Scripsit, ut notissimum, ex professo contra Auctorem schediasma *de appellationibus in criminalibus* Oldekop. Sed magis verborum ac allotriorum, quam argumentorum solidorum apparatu. Nec enim legum Romanorum, aut quaestionum utrum appellationes *statuto*, vel *consuetudine* tolli possint, in quibus occupatur, ulla in discussione praesentis thematis est utilitas. Omnis eo est Oldekopius, ut sarta tectaque miserorum delinquentium jura contra poenarum *praecipitantiam* tueretur. Huic vero plenissime jam prospexit Auctor, qui in accusatorio *appellationem* permittit, in inquisitorio *defensionem* vices ejus sustinere asserit, et diversis vocabulis ad eundem finem tendentibus, utitur. Lis itaque logomachiam sapere videtur, quae facilius componi

potuisset, si quaestio, de *provocatione* in criminalibus licita, concepta fuisset. Hanc satis ampliavit Auctor, licet eam rectius secundum natura *inquisitionis* sub appellatione *defensionis* indulserit. Interim per hanc multo majora beneficia concessit reis, quam per appellationem consequi possunt, quum sic ad *fatalia* non adstringantur, et tamen amplissimo campo potiamur de caussis *innocentiae* quaerendi. Neque tamen dissimulare possum, quaestionem de praxi appellationis reorum in caussis criminalibus esse admodum intricatam. Non inquiram in juris Romani sententiam, quae omnem in civilibus et criminalibus appellationem dubio procul sustinet, imo laxiorem in his potestatem indulget *l.* 6. *de appell. l.* 6. § 9. *de injust. rupt. et irrit. l.* 2. *C. de appellat.recip.* Magis dubium, quale *Germanis* ea in re olim et recentioribus temporibus haeserit principium. Quondam sub *Francorum* Imperio notissima, et maxime famosa *appellantium* vox non modo in levioribus delictis, de quibus capio *Capitul.* LVII *Cap.* CLXXI. ubi voce, *delationis*, provocatio intelligitur, verum etiam in gravioribus, adeo, ut ne quidem illis, qui capitis damnati seu ut dicitur *cit. l. Cap.* CCL. *ad supplicium destinati*, appellatio denegetur. Egregie morem illustrat *Capitul. Saxon.* C. X. *apud* Gaertner *ad LL. Saxon p.* 167. in quo non tantum in genere ad Regem appellare permittitur, sed in specie provocationi male factorum, qui vitae periculum secundum *Eva Saxonum* incurrere debent, prospicitur. Neque ab his alienum est exemplum, quod judicati formula exhibet, quam ex vetusto codice produxit Franc. Pithoeus *in Gloss. ad lib. capit. voce reclamare* apud Baluz *T.* II. *capit. p.* 740. ubi missi regii pronunciaverant, ad quos appellatum esset a sententia super bonorum publicatione in crimine incestus pronunciata. Solae appellationes *temerariae* et *frivolae*, majoribus exosae, quales imprimis, quae a reis *convictis* proveniebant dicebantur. De his enim capio quae *Lib.* VII. C. CLXXI de *homicidio, adulteris, maleficis non audiendis* proponitur, quem locum parum accurate Hineccius *J. G. T.* II. §. CCXCIV. in argumentum reprobatae ordinariae appellationis allegavit. Sed nova temporibus medii aevi praxis, de qua testatur ad Saxo *Lib.* II. *Art.* XII. C. C. C. *wird ein Mann gefangen umb Ungerichte und fur Gericht gebracht, er mag kein so'l, wann er in den Ring komt.* Aliter vero rem definit jus *Alemannicum*, quod admittit appellationem in criminalibus, sed cum hac restrictione, ne ultra *tres istantias* procedi appellando posset, *quartam* enim demum prohibet *cap.* CXXXVIII. CXLIII. Rarior tamen pedetentim esse coepit usus harum appellationum eo usque, ut a judicio Westphalico non nisi *binis* casibus probarentur, datt *de p. p. p.* 735. *in f.* His principiis conforme non modo exemplum constitutionis criminalis de *An.* MDXXI. et MDXXIX. in quo diserte *appellationes* criminis reorum reprobantur, et pro ratione decidendi ad *usum* Germaniae constantem in *Rec. J. de Anno* MDXXX. provocatur in *Carolina Anni* MDXXXII. tota illa sanctio omissa, sed denuo re-

petita *in Ordin. Cam. An.* MDLV. *P.* II. *Tit.* XXVIII. quae quidem *von denen Sachen, so Leibes Sträffen auf sich tragen*, loquitur, verba haec tamen non *restrictive* adjecit architectus, quia paulo post generaliter *in peinlichen Sachen auch die Leibes-Straffe an sich anbelangend*, additur, quae locutio omnes caussas criminales comprehendere videtur. Unde non inique concluserunt Kress. *ad Artic.* C. et CCXIX. C. C. C. Puffend. *proc. crim.* C. XXII. § II. appellationes in criminalibus *communi* Germaniae *consuetudine* reijci, quidquid demum in contrarium moliatur, et pro interpretatione citatarum legum Imperii proferat Bluml. *ad Artic.* XII. C. C. C. *N.* XVI. Ita, inquam, olim judicatum, quamdiu omnis omnino recursus in civilibus ad *regem* patebat, aut ad camerale, aut aulicum judicium dirigebatur, judiciis *procerum* nondum rite ordinatis. Ex quo vero haec in melius reformata et judicia ordinum superiora pedetentim erecta, usus appellationum *intra provinciam*, non ubique reprobatus, sed admissus ab inferioribus ad superiora, vel aulam principis, judiciisque Imperii hoc tantum relictum, ut ob caussas *nullitatis* et *denegatae justitiae* ad poenam damnatis huc pateret recursus. Eatenus ipsi Saxones probant appellationes damnatorum ad affectum suspensivum ac devolutivum, ut nimirum judicibus promissum non sit eas, si aliquando interpositae, negligere, sed incumbat recipere, et de iis ad principem referre. Quo facto is quidem de caussa finaliter non cognoscere, sed acta ad inferiorem remittere, ulteriorem defensionem indulgere, et *transmissionem* novam *actorum* injungere solet, teste Leysero *Sp.* DCLV. *Med.* LXV. His non multo dissimiles sunt appellationes caussarum criminalium in terris Electoribus Brunsvicensibus quae ad fatalia adstringuntur, et effectum hunc habent, ut ponderatis gravaminibus, semper remissio ad judicem inquirentem fiat, nunquam ipsa *caussa* a superiori immediate terminetur, Puffend. *c. l.* §. VII. Imo eodem recidunt, quae de comitatu *Tyrolensi* monet Froelicg *P.* I. *Lib.* IV. *Tit.* XIX. *N.* II. ubi, reprobata licet appellatione, per modum *supplicationis* ad effectum devolutivum, et suspensivum gravamina condemnatis proponere permissum. Verum in terris *Borussicis* omnis in caussis inquisitionum appellandi via praeclusa, et sola novae *defensionis* admissione provocantibus subventum est *Ordin. crim.* C. X. §. V. In effectu parum intererit, quum nec in superiori nec inferiori Saxonia proprie sic dicta *secunda instantia*, in qua super *materialibus* finaliter cognosceretur, adsit, nec *communis* et ordinaria appellatio nota sed potius simplex *querela*, quae specie provocationem sustinetur, et aeque ac defensio *dilationis* rationem favore innocentiae habet.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXXXIX. N. 51.

Etiam accusator recte appellat non modo necessarius, sed voluntarius.

Hactenus de *reo* appellante, quid vero de *accusatore* dicendum? Num etiam huic provocandi est licentia contra sententiam nimis benignam? *Regula* utique pro eo militat, quum jura litigantium ordinarie sint *communia*, nec contrarium definiant leges Romanae, ut docet Mathaei *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* XVII. C. V. *N.* I. Neque aliter observatum quondam in *Germania*, ut docet exemplum apud Gregor. Turon. *Lib.* VII. *Hist. franc.* CXXIII. ubi accusatores a sententia *comitis*, qua criminis homicidii reo purgatorium dictatum, ad regem provocarunt. Idem quoque hodie juris, quoties constituto *fiscali* processus accusatorius pendet, quia hunc officii necessitas satis legitimat ne quidquam intermittat, quod huic explendae inservit. De *voluntario* ac *privato* dubitat Kress. *ad Artic.* XCIX. §. III. *in not.* eo, quod ejus *specialim* non intersit, et sic ab eo salva fronte gravamen allegari nequeat. Verum quid prohibet ad interesse *commune*, ne condignam poenam reus effugiat, hic recurrere, quum quae ratio accusationem ipsam fundare potuit, eadem appellationi non repugnet. Quumque ipse Kressius hoc admittat, ut accusator literis supplicibus caussam superiori exponat et sententiam justo indulgentiorem esse repraesentet, revera quaerelam indulget, quum utrum *supplicationem*, *provocationem*, an *appellationem* dixeris, perinde sit. Majorem forsan dubitandi rationem suggerit doctrina eorum, qui sententiam *pro reo* latam favore innocentiae mox in rem judicatam ire existimant, ut docet B. Parens *Tit.* II. *cons.* MCVII. *N.* XXII. Verum hic praetextus lubricus et vera ratio in defectu *contradictoris* ob indolem inquisitoris quaerenda est. Hac ergo, accusatione instituta, cessante, merito appellatio admittenda.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXL. N. 3.

Examinis testium extraordinarii usus in accusatorio et inquisitorio.

Late hanc sententiam exponit Ruland *de Comiss. P. II. Lib. I. C. IV. Num. I.* et Farin *de testib. Lib. III. Tit. VIII. Qu. LXXVI. Num.* CXIV. Quos etiam sequuntur Mevius *P.* IV. *Dec.* CCXXXVIII. Berg. *Elect. Discor. forens. Tit.* XXVII. *Obs.* I. licet uterque fateatur, magis *errore* communi, quam ratione eam sustineri. Etenim etiam in criminalibus expedit, ne veritas occultetur, neve reus ob probationis

inopiam promeritam animadversionem effugiat, quum poenae suos *auctores* maneant, et reipublicae intersit, ut delictum condigna poena expietur, *l.* 13. *de off. praesc.* sed plerosque offendit clara juris canonici dispositio in *C.* 5. X. *ut lit. constet.* quae, quum contra regulam examen hoc *extraordinarium* probat, et diserte si *civiliter* agitur admittit, extra istam exceptionem illud reprobasse videtur, et tamen unicum ejus medii fundamentum subministrat. Plane in processu *inquisitorio*, quum judex ex officio procedit, ipse Auctor huic examini locum dat *Dec.* XLI. *N.* XVIII. Quia hic solutior, nec ad apices processus adstrictus, sed ad regulas aequitatis et utilitatis publicae exigendus est. Neque aliud ex parte rei in *accusatorio* obtinere ratio *defensionis* fautoris, tantopere extensi permittit. Ergo omnia, quae interpretes ancipites tenent, ad *accusatorem* redeunt, absente reo testes producentem, ubi meo judicio fortissima ratio dubitandi ex eo petenda, quod probationes in criminalibus *luce meridiano clariores* esse debeant, tales autem in praesenti specie esse nunquam possint, quia reo *interrogatorio*, in quibus potior defensionis ratio latet, subtrahuntur.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXL. N. 6.

Annotatio bonorum Romana et hodierna. Forma ejusdem ex Carolina. In quibus delictis locum habeat?

Eadem *annotatio* hodie contra fugitivos delicti reos usu recepta, sed diverso tum *modo* tum *effectu*. In *Latio* non modo fisci caussa, cui, contumacia perdurante, bona cedebant, verum etiam in utilitate *publicam*, ne fuga rei instrueretur et impediretur cum reditu ipsa accusatio, fiebat. *l.* 2. *C. de requir. reis. l.* 5. § 3. *eod.* Prioris consequens erat necessitas, fugitivum ante omnia *edicto* citandi *l.* 4. *pr. eod.* Posterioris, interversio omnis subsidii ad alendam *absentiam* efficacis, quo pertinebat, ne debitores absenti solverent *cit. l.* 5. Illa sublata tum in *genere* a Justiniano tum in *specie* in praesenti casu a Carolo V. confiscatione, penitus cessat; haec etiamnum perdurat. Unde non quidem amplius opus est ut ante annotationem citatio praemittatur, ceu recte observat B. Knorre *de obsign. jud. C.* IV. § III. nec tamen ideo ipsa corruit obsignatio, uti visum Ubero *ad ff. h. t.* quum *una* legis ratione corruente, *altera* legem sustineat, et huic *nova* accedat, quia judicis propter inquisitionis *sumtus* quam maxime interest, ut bona, unde illi solvendi,

conserventur integra. Aliquando tamen adhuc *fisci* caussa quoque fit, quoties *publicatio bonorum* obtinet, ut in crimine *perduellionis*, vel in Saxonia *banno superiori* imminente, vel ubi *singulari certamini* haec lex scripta, ut factum in terris Borussicis edicto duellico *Art.* II. Interim, quia altera ratio hodierno jure ordinarie omne punctum fert, facile colligi potest, cur 1) etiam *parentibus* mandatis poenalibus, ne fugam liberorum instruant, injungi queat, vel *consanguinei*, quibus praestita cautione *cura bonorum* relicta, jurejurando pro re nata, eum in finem adstringi possint. Mull. *ad Struv. Ex.* XLIX. *Th.* XCVI. 2) cur ad sola delicta, quibus *capitalis* vel *corporis afflictiva* poena imminet; quia neutra contra *absentem* statui potest, et sic judicis interest, ut reus *praesens* revertatur, restringenda sit, non vero propter imminentem *relegationem*, aut *pecuniariam* poenam temere locum habeat, Knorre *c. l.* § *V.* Kress *ad Art.* CCVI. ne in *questum* illicitum, *ob sumtus* eidem cohaerentes, convertatur, cur 3) fere inanis sit, si reus *extra districtum* judicis *bona*, unde se in fuga exhibere potest, possidet. Interim tum hoc, tum antecedente casu tantum, quantum *inquisitionis* expediendae verisimiliter necessarium, non inique arresto constringitur, quod ad hunc finem sufficit, reis vero non tam onerosum est, ac omnium bonorum *obsignatio* et solemnis *conscriptio.* Nam expensae pensati *laboris*, ac mercedis rationem habent, non *lucri*, quod solum magistratui abjudicavit Carolus V. in verbis finalibus *zu ihren Nutzen Artic.* CCVI. Berg. *oecon jur. p.* 99. Unde quoties laboris compensationi prospectum, magistratus non interest, ut ulterior consignatio accedat, quin potius, si accesserit, non potest non *sportularum* inanium seu *lucri* rationem habere et sic prohibitione legis comprehensa esse. Circa *formam* adnotationis hoc servandum, ut consignatio *citatis* duobus vel tribus propinquis fiat, res fungibiles bona fide publicae vendantur, pretiumque inde redactum *inventario* inseratur, alimenta his, quibus a fugitivo debentur, subministrentur, tandem *cura*, ac *custodia* consanguineorum illi relinquatur, qui ad *cautionem* de rebus bona fide administrandis, nec fuga rei instruenda, subeundam paratus est. Atque ita servat praxis, Fichard III. *cons.* LIV. tametsi a) *facilitatem* judicum in concedendo S. C. annotationem saepe intervertere Leysero *sp.* DCXXVII. *M.* XVII. non invitus concesserim. b) secundum jus *Wurtenbergicum* sine principis speciali permissione, nemini a solo *Magistratu* bono cedi possunt. vid. *var. disput. ad jus. Wurtenb. p.* 188. Plane c) in *Holsatia* annotationem bonorum prorsus cessare, testis est Fuchs *intr. in prax Holst. p.* 570.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXL. N. 29.

Bannum imperiale et provinciale.

De *Banno imperiali*, et in specie proscritione *statuum imperii*, peculiare schediasma conscripsit Ludovicus Bernhardus de Zech et notabilia discussit. Olim plus juris Caesari ea in re indultum novimus, sed ejus potestatem valde limitarunt cum *Instrumentum* pacis, tum *Capitulationes*, ut juris publici scriptores passim docuerunt.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXL. N. 40.

Vetustas processus banni Germania. De jure communi quaetenus in contumaciam procedi possit?

Banni processus, qui contra criminis reos *aufugientes* suscipitur, non est juris *Saxonici*, sed *Germanici*. Jam vetustissimis temporibus proscriptio nota, unde clausula, *forbannire*, frequens in legibus veluti lege *Ripuaria Tit.* LXXXVII. *Capit.* L. III. *Tit.* XLIX. et distinctio banni *imperialis*, ac *provincialis* etiam inter *Francos* notissima. Heinec. *J.G. L.* III. § CCCXXVI. Hinc *faidam partare in Leg. Salic. T.* II. § V. *faidosum esse*, idem ac *proscribi*. Denuo morem confirmat, *Speculum Saxonicum Lib.* I. *A.* LXVII. et *Suevicum Cap.* XCI. § I. II. et comprobant ea, quae a Lehmanno *Chron. Spirens. Lib.* IV. *C.* XVIII. proferuntur. Egregia quoque eam in rem ex codice vetusto *Hervordiensi* profert Meinders *de jud. cent. p.* 280. et morem explicat fugitivos *zu verfesten et Eredelass zu legen*, quod ipsum est, *bannire*. Sed postea receptio juris *peregrini* istum procedendi modum in plerisque territoriis profligavit, adeo, ut tantum in nonnullis, ubi Germani morum patriorum tenaciores fuerunt, retentus. Hoc imprimis in *Saxonia* superiore factum, cujus processum bannitorium ex professo descripsit Kayser *im Achts-Process.* Idem olim in *Marchia* obtinuisse testatur Brunnem. *de proc. inq. C.* VIII. *M.* VI. *Num.* XXXIII. a quo more tamen pedetentim recessum. Similia de *Holsatia* late probat Fuchs cit. l. *Lib.* IV. *C.* III. Neque aliter *Thyrolenses*, qui fugitivum aut relegant, aut proscribunt, Froelich *ad C. C. C. P.* I. *Lib.* IV. *C.* XX. Conspirant cum his mores Episcopatus *Wurzburgensis*, teste Kirhgesnero *p.* 177. *et* 193. Denique idem servat jus *Lubecense Lib.* IV. *Tit.* XVII. *Art.* I. ibique Mevius, et statutum civitatis *Luneburgensis*, Puffend. *proc. crim. C.* XII. § XVI. Alibi de jure communi ex principiis Romanorum recepto distinguendum, utrum poena, quae in absentem cum effectu statui potest, veluti pecuniaria, relegatio, executio in effigie, an capitalis vel

corporalis fugitivo immineat? ibi reus per edicta, et quidem ultima vice ad *audiendam sententiam* citari, tandem pro convicto declarari ipsa vero sententia executioni dari potest. Notabile exemplum habes praefecti militum desertoris ita in *effigie* condemnati apud B. PARENTEM *T.* III. *P.* III. *Cons.* DCCCLXXX. Hic vero judici nil superest, quam ut, facta annotatione bonorum, ea, quae ad instruendam inquisitionem conferunt, veluti *sectionem* cadaveris, examenque testium *summarium* procuret, tum *edictali* citatione reum evocet, tandem, perdurante contumacia *acta* reponat, donec fugitivus copiam sui faciat. PUFFEND. *proc. crim. C.* XII. § XVI. LYNCK. *Resp. VII. N.* XXI. Utrum *definitive* tum pronuntiari possit, non expeditum est. Sunt qui poenam promeritam eventualiter caussa satis cognita, receptaque probatione per sententiam definiri posse, hac formula: *dass inquisit pro confesso und convicto zu achten, und wohl vordienet, dass er mit dem String vom Leben zum Todte gebracht werde, welche Straffe auche an ihm zu exequiren, so bald man seiner habhaffet, wird,*

autumant. Ita FICGARDUS *cit. l. N.* II. et KLOKIUS *V.* III. *Cons.* CC. *N.* XXV. existimarunt, et pronunciarunt Hallenses apud B. PARENTEM *c. l.* ubi desertor tanquam convictus ad restem condemnatus, et propter absentiam simul decreta, executio in effigie. Geminum est supplicium rotae, in assassinum, qui praelatum, regionis dominum, pretio conductus, necaverat, post fugam vibratum, et in effigie consumatum apud HERT. *Cons.* CCCCXXXV.

Alii in eo subsistunt, ut reus pro *confesso*, et poena promerita *indefinitè*, nulla *nominatim* expressa, dignus declaretur, ceu patet ex iis, quae refert KRESS. *ad Artic.* CLV. *C. C. C.* Cum quo facit FROELICH *cit. loc. N.* IX. adeo, ut, licet in comitatu *Tyrolensi* processus banni adhuc in usu sit, tamen sufficere credat: proscriptionem in *genere* pronuntiari. Mihi, ut verum fatear, neuter modus pronunciandi placet. Quum enim in omnium ore, et in ipsa *aequitate* naturali fundatum sit, neminem ex *ficta* confessione ad dirum supplicium condemnari, quin imo condemnatum, ubi redierit, non mox ad supplicium trahi posse, sed defensione sua ante omnia audiendum esse *Artic.* CLV. C. C. C. non video, quid *utilitas* in forum ex utraque respondendi methodo redundaturum sit? Quid enim si redux justas caussas poenam *mitigandi* allegaverit? Nonne istiusmodi pronuntiatio corrigenda, et sic pro frustranea habenda? Nonne res semper integra manet, reo, si postea de culpa ejus constiterit, suo tempore poenam ex merito dictare. Quid ergo urget judicem, intra tempora reatus ambigui definitionem poenae anticipare, quae, utrum valitura, an casura sit, incertum est. In crimine *perduellionis* exceptio est, super quo judicium contra absentem perfecte formari, ob facti atrocitatem potest. *l.* 6. *C. ad l. Jul. Maj. Elem. pastoralis de sent. et re jud. extravag. Henrici VII. Quomod in crim. laes. Maj. proced.* Et quia tum memoria crimi-

nis morte non aboletur, quidni in *contumaciam* contra reum, quem fuga abstulit, agi posset? Singularem casum in parlamento Regis *Daniae* ita decisum refert Phylippi *usu inst. pract. Lib.* IV. *Ecclog.* LXXX. *Num.* IX. Idem passim leges provinciales in odium *duellorum* nominatim sanxerunt, ut pluribus exemplis comprobat Schopf *de proc. in contum.* § IX.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXL. N. 98.

Poenae ejus, qui bannito receptum dederat.

In cit. *Art.* XXIII. *C. C. C. mulcta* irrogatur ei, qui bannito receptum dabat, sed multo severior *speculator Suevus* qui *Artic.* CL. *C. C. C.* poenam *talionis* comminiscitur, alibi tamen, sui immemor, *manus amputationem* substituit *Art.* CLV. *C. C. C.*

OBSERVATIO VI.

AD

QUAESTIONEM CXL. N. 105.

Utilitas processus bannitorii. Bannitus promiscue occidi nequit.

In hoc vulgo utilitatem hujus processus sumtuosi, et multis ambagibus obnoxii collocant interpretes, quod reus semel proscriptus, postea redus ad *torturam* gravetur. Ludovici *proc. crim. C. III.* § XLIII. Id autem non adeo expeditum est nec tamen aeque admitti potest, quod Leyserus *sp.* DCXXIX. M. IX. scribit, *fugam etiam citra bannum hunc effectum producere*, quum *Art.* XXV, quem allegat, solis *remotis* indiciis fugam accenseat. Interim in eo assentior Leysero, quod nullus *necessarius* tormentorum cum sententia banni sit nexus. Ad minimum *Art.* CLV. *C. C. C.* qui de *Banno* disponi, reumque, eo non obstante, audiendum jubet, de *tortura* nil disponit. Unde rectius, judice Kressio *ad h. a.* ex causis absentiae, aliisque adminiculis judicandum, an reus, quantumvis banno constrictus, praecise cruciatus experiri debeat, an *leniori* remedio subdi debeat? Ita vero, vacillante hoc effectu, sententia banni inanis erit. In eo enim dudum convenerunt JCti, facultatem reum *promiscue* occidendi, per illam nemini tribui, nec eo usque verba ejus funesta pertingere. Perspexit haec dubia cordatissimus JCtus Leyserus,

et ex ipsa decisione electorali ostendit, solius *terroris* caussa ita contra fugitivum, ut ipse Auctor *Lib.* VI. *Tit. IX. Resp.* XCI. *N.* XIV. fatetur, procedi, et solam viam aperiri, ad *alterum*, quod majoris efficaciae est, bannum.

OBSERVATIO VII.

AD

QUAESTIONEM CXL. N. 119.

Confiscatio bonorum banni superioris effectus.

Eadem haec dubia Auctori apponit Froelich *ad C. C. C. Lib. IV. Tit.* XX. *N. II.* et in specie ad sublatam *Art.* CCXVIII. confiscationem provocat. Verum, uti haec, quam defendit Auctor, publicatio, non ex *annotatione*, de qua sola disponit *cit. Art.* derivatur, sed ex *peculiari* indole processus *bannitorii* moribus Saxonicis probato, repetitur; ita is ex verbis *Art.* CCXVIII. *oder sonst in andern Fallen*, non male doctrinam suam defendit, quum nihil intersit, utrum legibus *scriptis*, an *moribus*, in certo casu confiscatio *speciatim*, et sic singulari jure probetur.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLI. N. 10.

Fundamentum praescriptionis in criminibus. Tollit quamcunque persequutionem, etiam inquisitionem. Per confessionem delicti subsequentem non tollitur. A judice ex officio suppletur. Computanda a tempore admissi delicti, vel ultimi actus illiciti. Quae ratio interruptionis? Viginta annis regulariter includitur, quinquennio in criminibus carnis.

Praescriptio omnis est juris positivi et quidem Romani, non modo quae in *civilibus* obtinet, verum etiam, quae *criminalibus* caussis inservit, ergo secundum illud merito dijudicanda. Quidquid leges Romanae de hac posteriore referunt, non jus quoddam proprium ac peculiare est, sed mera *applicatione* principiorum *generalium* de praescriptione ad delicta absolvitur. Uti enim praescriptio juris persecutiones in genere *tempore* excludit, ita quoque remediis criminalibus *durationis* terminum ponit. Anomaliam, quam Leyser *Sp.* DXV. M. *IX.* praescriptioni criminali ob bonae fidei et tituli absentiam tribuit, non agnosco, nisi omnem *extinctivam* praescriptionem anomalam dicere, fas est. Nam in hac nunquam amplius quid, quam solus *temporis* lapsus respicitur. Ergo in criminali, quae mere *extinctiva* est, in solo *lapsu* temporis subsistendum. Hinc

utraque *extinctiva* praescriptio, tum quoad formam prorsus eadem est, et non nisi in paucis ab *ordinaria* qua jus acquiritur, recedit. Et qui discreparet criminalis? quum jus persequendi huic cohaerens idem sit, nec *objecti* diversitas indoli ejusdem quidquam detrahat, praeterquam, ubi evidens diversitatis ratio dari potet. Ita, inquam, jus *Latii* per omnia praescriptionem in criminibus aestimat, secundum quod involvit *exceptionem, qua cognitio de criminibus ob lapsum temporis excluditur.* Jus Canonicum, etsi nonnulla in praescriptione mutaverit, ea mutatio tamen, quae *acquisitivam*, et cum *possessione rei alienae* conjunctam concernat, cum *extinctiva*, caussis criminalibus tantum propria, nil commune habet, multo minus de ea quidquam nominatim cavet. Itaque ea ad hoc jus in cassum exigitur. Denique jus Carolinum sicco pede durationem persecutionum criminalium praeteriit, nec quidquam, quod ad determinandam eam confert, subministrat. Et tamen *finem* aliquando cognitionibus criminalibus hodienum imponi, criminumque reis tutum in praescriptione refugium patere, ad unum omnes fatentur. Consequens itaque est, ut de ea non aliunde, quam ex jure *Romano* tanquam fonte, principiisque huic propriis judicium ferendum, nihil autem eidem admiscendum, sit quod non principiis praescriptionis criminalis Romanae exacte congruit. De eo, ut eo melius conveniamus veritatem praepositae doctrinae aliquot observationibus illustrare juvabit.

I. Jure Romano ea invecte praescriptionis cujuscunque ratio fuisse fertur, ut litium tandem *finis* fiat, nec concertationes sint *immortales* *l. 1. de usuc. l. fin. pro suo. l 2. de aq. et aeque pluv. arcend.* Cicero *pro Cluentio.* Speciatim ad inducendam praescriptionem extinctivam movit *non usus*, vel conditio ejus, qui jus, quod persequi potuisset, urgere in judicio certo tempore neglexit, ita, ut *solus* lapsus temporis, et obliterata per illum memoria, reum ab omni nexu liberaret. Num secus senserint de praescriptione *criminali*, et in ea firmanda de *alio*, eoque *novo* fundamento solliciti fuerint Romani, valde dubito, motus cum *silentio* legum tum *analogia* juris, quae docet, supra dicta principia querelis ex caussa criminali exacte respondere adeoque secundum illa, cum *neglectam accusationem*, tum hoc inprimis, ut reus tandem contra quamcunque interpellationem *securus* reddatur, praescriptionem hanc fundasse. Neque moror ea, quae huic doctrinae in *El. jurisp. crim.* C. I. §. CCCXXXV. olim propositae, objicit Engavius *von Verjahrung Laster p. 12.* quasi *ratio rationis* ad poenam agere negligentis, ultime redeat, haec autem impingat in conclusionem a me ipso prolatim, quod judicium criminale praescriptione summoveatur, etsi judex *extra culpam* fuerit. Nam, uti ista illatio in praescriptione civili extinctiva, quae nullo *culpae* respectu habito, ob solum *non usum*, actorem repellit, manifeste falsa est, ita non majorem vim in *criminali* habebit, quae, ut dixi, cum illa *iisdem* juribus regitur, et sic utraque ultimo in sola *voluntate* legislatoris, post certum

tempus omnem cognitionem prohibentis, terminatur. Mentio culpae a me *cit. I.* § CCCXL. *in not.* non in eum finem facta, ut ex hac rationem quandam repeterem, sed ut contra CARPZOVIUM ostenderem, utrumque casum concurrentis et cessantis culpae ad praescriptionem pertinere, et sic culpae ad irrelevantem circumstantiam redire, solum non usum vero sufficere. Ita vero oleum et operam perdunt, qui substituto fundamento *speciali* a *difficultate probationis*, aut a tormentis *conscientiae*, quibus hucusque facinus satis expiatum, permotos legislatores ad criminalem praescriptionem admittendam, perhibent. *Prius* sane *facti*, adeoque ab asserente probandum, quo non facto, Romanos in *generali*, eoque sufficienti principio hic substitisse, inferendum est. Neque dixisse sufficit, istam doctrinam indoli hujus praescriptionis non repugnare, haec fundamenta Romano inducere potuisse ad eam introducendam. Nam hic non de jure *constituendo*, sed *constituto*, quaestio est, ubi stricta probatio desideratur, *conjecturata* non sufficit, imprimis in iis capitibus, quae ad *mutationem* redeunt, quibus praesens quaestio accensenda. Cui accedit, quod prior ratio *particularis* futura, et saepissime, imprimis in praescriptionibus *temporalibus* officium perditura sit, ubi facillimum, ut omnia sint in *recenti*, memoria, testes delicti conscii vivant, quorum depositiones tamen lapso tempore prorsus non recipiendas esse, leges definiunt. Neque *posteriori* multum fidendum, postquam, teste experientia, male feriati vel plane non, vel non rite actiones cum lege conferunt, nec curam id faciendi, animum subire patiuntur, adeoque nec *conscientiae* furias persentiscant. Vidit has difficultates B. ENGAU *Tr. von Verzeihung der Laster cit. l.* et ideo novam rationem substituit, eamque a *praesumta vitae emendatione* ejus, qui tanto tempore delinquere desiit, repetiit. Sed non feliciore successu, quum ista praesentia in criminibus *carnis*, quinquennio praescribendis, ad modum vacillet, et, si veritati congrui, admodum *particularis* est, praeterea cum fine poenarum primario, quem in *utilitate* publica, et terrore publice injiciendo, collocare fas est, nil commune habet. Satius itaque est ab *incertis* conjecturis, in quaerendo fundamento abstinere, et in illis rationibus subsistere, quas leges scriptae ad praescriptionem fundandam in genere suggerunt.

II. Praescriptio est solus modus tollendi *persecutionem criminalem*. Factum ipsum, cum turpitudine eidem cohaerente, ut infectum, aut infectum, aut licitum fiat, vires humanas, et sic etiam legislatoris superat. Furtum vel homicidium, qui commisit, *reatum* naturalem nunquam exuere potest, sed effectum *civiles* eidem detrahere, hoc est *prohibere*, ne post lapsum temporis quis ea propter in *jus vocetur*, neve *poenam* legalem vereatur, hoc ipsum est, quod tolli ac constringi potest. Dum itaque legislator praescriptionem ad crimina trahit, hoc unice agit, ut, quae persecutioni a lege communicata, accedente temporis decursu, demat, et judicium quodvis criminale conquiescere, jubeat, quo ipso crimen civiliter pro infe-

cto habetur, ac per *indirectum* poena, quam sola cognitio praeparare potest, tollitur. Ea enim est vox legum, quae, dum objectionem criminis tolli *l. 7. ad l. Jul. pecul. l.* 29. § 6. *ad l. Jul. de adult.* accusationem praescribi *l.* 5. *ad l. Jul. de adult.* quaestionem finiri *l.* 28. C. *ad l. Jul. de adult.* accusationem praescriptione summo veri depelli *l.* 1. §. 10. *ad SCt. Turpil. l.* 19. §. 1. *ad corn. de fals.* quaerelam falsi excludi asserunt *l.* 12. *ad l. corn. de fals.* hoc ipso praescriptionis criminalis notionem satis determinant. Eadem ergo, non alia idea de illa hodienum adoptanda, et in universum in mentem revocandum, nihil aliud per praescriptionis allegationem in foris nostris agi, quam, ut omnis cognitio judicalis praecludatur. Et quid demum de *infamia*, vel *poenitentia ecclesiastica* post praescriptionem judicabimus? Utraque ad effectus *civiles* criminis pertinet, et cessante cognitione, simul cessare debet. De priori id testantur Stryck. *ad Brunnemannum J. E. L. II. cap.* XVIII. § XXV. De hac idem post Leyserum fatetur Engau *c. l. p.* 44. Hoc si perpendissent JCti, inani quaestione, utrum praescriptio aeque *inquisitionem* perimat, supersedere potuissent, de qua agit Auctor *N.* XVIII. Quandoquidem accusatio non *qua talis*, sed quatenus perinde ac inquisitio est, medium *persequendi* crimina, tempore finiatur, de inquisitione autem Romanis ignota, leges per rerum naturam loqui haud potuerunt. Non melioris notae est disceptatio, utrum praescriptio completa, per *supervenientem confessionem* delicti tollatur? De qua late et anxie Lauterb. *de praescr. crim.* § XXVI. Solidius Auctor *N.* XXIX. Posita enim cujuscunque *cognitionis* praescriptione, non potest non, quae cum ea sororio nexu cohaeret et sine caussae cognitione nullius efficaciae est, *confessio* criminis effectu carere, Vernh. *Enunt.* CCXLIX. usque adeo, ut si vel maxime confessus ipse supplicium urgeat, recipi effatum nequeat, cujus rei exemplum de sacerdote septuagenario sodomiam in prima juventute commissam ultro confitente, habes in appendice *Thesauri Dedekeniani p.* DLXXVII. Contra, cognitione criminis plene finita, et condemnatoria sententia lata, si *fuga* reum abstulit, quantumcunque demum tempus effluxum, nil est, quod praescriptione summoveri posset, non *poena*, cujus praescriptionem leges ignorant, non *cognitio*, aut *quaerela*, quae, quia jam *absoluta*, impediri amplius nequit, Laut. *cit. l.* impeditur autem semper, quoties praescriptionis ratio habetur. Taceo postulationem ita finitam satis *interrumpere* praescriptionem, et vel ex hoc capite, quominus cursus initium capiat, prorsus impedire. Pertinet huc quoque quaestio, utrum eo casu, quo reus post longum tempus de crimine postulatus, exceptionem *praescriptionis* non opponit, judex illam *supplere* possit? Movet eam praeter Auctorem *N.* XXIX. Engavius *c. l. p.* 19. et uterque ex favore *defensionis* affirmative decidit. Mihi sic videtur. Aut ea ex *actis* apparet, aut non. Nec judici extra acta non creditur, illo non tantum *potest*, sed *tenetur* supplere, quia ei incumbit secundum *acta* judicare, ea vero neglecta non po-

test non *contra* acta, et sic *nulliter* pronuntiare.

III. Praescriptio ordinarie non a tempore *scientiae*, aut *coepti*, sed *gesti* negotii, ex quo agi potuit, currit. Servat hanc regulam jus Romanum in civilibus, *l.* 1. § 2. *C. de annal. except.* et comprobat in criminalibus, terminumque computat ex eo die, quo delictum *admissum*, seu consumtum est *l.* 19. § 7. *Jul. de adult.* Non aliter hodie philosophandum, quoties quis delictum olim perpetratum, removere temporis decursu satagit, sed semper respiciendum ad tempus, quo quis *extra reatum* vivere coepit. Praeterea praescriptionis ea est indoles, ut contra *ignorantes* currat, nec cum *scientia* praecise quid commune habeat, quod specie *adulterii* illustrat Thomas. *de praescript. Bigam.* § XIV. et contra Theodoricum probat Leys. *Spec.* VII. M. V. Neque coepti hodienum delicti ulla ratio habetur, usque adeo, ut ne quidem a momento *mandati* ad delinquendum dati, sed ex tempore *vere* admissi, post mandatum, delicti ipsius cursus initium capiat. Engau *c. l.* § LXXI. In culpa utrum magistratus circa omissam inquisitionem fuerit, nec ne, nil refert, quia non poena *negligentiae* hic subest, sed solus *lapsus* temporis attenditur, quidquid dicat Auctor *N* LVI. qui tamen ipse, etiam hanc praescriptionem contra judicem *ignorantem* currere *N.* XXIV. asseveraverit. Quumque delictum aliquando saepe iteretur, aut perduret, consequens est, ut quamdiu *permanens* est, nulla praescriptio currat, sed demum ab *ultimo* actu aut quo delictum fieri desiit, praescriptio computanda sit. Usum hoc habet in *adulterio*, pluribus vicibus iterato, vel *Bigamiae* reatu, cum conjuge simultaneo *perdurante*, quorum criminum praescriptio in priori specie a *commistionum carnalium* ultima, quarum quaelibet solidum adulterium involvit, in posteriori vero a soluto alterutro matrimonio, quo reus demum bigamus esse desiit, currere incipit. Hofm. *Cl.* XV. *N.* LII. Thomas. *de praescript. Bigam. cit. l.* Pendente eo, nec currere, nec finiri potest, eo quod *praeteritorum* non praesentium delictorum quaerelae obicem ponat, ad summovendam praesentium, et adhuc perdurantium delictorum quaerelam nullibi comparata sit.

IV. Nihil magis contrarium est praescriptioni, quam *interpellatio*, et interruptio, qua cursus mox sistitur, non tantum in removendis civilibus, verum etiam criminalibus. Hanc doctrinam professi sunt JCti. Nominatim Paulus *cit. l.* 29. dum quinquennium accipiendum esse docet, *ex quo quid admissum usque ad diem quo quis postulatus est*, satis aperte innuit, postulationem citeriorem quinquennio repugnare. Quid ergo hodie dicemus si *intra* tempus ad complendam criminalem praescriptionem quis postulatus fuerit? an specie veri effugere cognitionem poterit praetextu *temporis*, si in manus judicis postea pervenerit? Postulatum et interpellatum accipimus, non quidem contra quem *libellus* oblatus, vel denuntiatio facta, Hert. *R.* CCXCV. nec tamen eum demum, qui in *vincula* conjectus, durante processu erupit, verum etiam, qui *edicto* publice mox post

delictum evocatus, Froelich *ad C. C. C. pag.* 291. *Berg. Elect. crim. P.* II. *pag.* 521. quia utroque casu judex, quantum in se est, et pro ratione status praesentis fieri potest, derelictionis et *non usus* conjecturae obnititur, et sic uterque actus satis rationem *interpellationis* habet. Hoc amplius sola *summaria* inquisitio, receptio testium, et conquisitio omnium circumstantiarum ad veritatem delicti eruendam valida, postulationis vicem habere debet, Leys. *Sp.* DXV. *M.* VI. et auctor *N.* LIII. tametsi ne quidem citatio publica emanaverit, quae non de essentia interpellationis, sed ad parcendos sumtus juste omitti potest, si ob fugam ad loca remotissima inanis futura est. Neque enim hoc casu *neglecti* officii reus argui potest judex, qui, quantum conditio praesens et recta ratio permittit vere peregit, et sic crimen rite persequi voluit, ac tentavit, sed plene non *potuit*, secus ac visum Engavio *c. l. p.* 85. Hoc tamen necessarium est, ut *criminalis* cognitionis partes susceptae. Non enim sola actio *civilis*, a laeso instituta, non usum cognitionis criminalis, in quo unice praescriptio fundatur, removere apta est, et sic cursum haud moratur, imo tanto fortius argumenta *derelictae* caussae criminalis obfirmat, quominus *ignorantia*, aut aliud impedimentum a judice attendi potest. Nisi forsan, caussam civilem criminali *praejudicium* facere, constiterit, quo casu per institutum processum civilem inquisitionem perpetuari, recte dixeris, adeo ut, licet interea tempus criminali judicio praefinitum labatur, reus tum ad judicium trahi queat. Berg *oecon. jur. p* 873. Engau *cit. loc.* § XC. Imo ne criminalis processus partes contra reum suscepisse sufficit, judice Wernhero *P.* I. *Obs* XXIV. quoties ad *illud* crimen, cui in *praesenti* praescriptio opponitur, haud directa, veluti, si olim ex capite *stupri* inquisitio mota, judex reum, nulla prorsus adulterii suspicione concurrente, poena *stupratorum* multavit, post quinquennium, eum olim non stuprum, sed *adulterium* commisisse, apparet. Hunc enim praescriptione contra adulterii persecutionem tutum esse, vel inde apparet, quia in ea *ignorantiae* ratio non habetur, sed solus *lapsus temporis* attenditur, ut paulo ante ostendi, et praeterea sufficit, quod quaestio de adulterio huc usque non mota fuerit. In eo tamen differentiam ab interruptione in caussis *civilibus* hic admittendam, indoles *peculiaris* inquisitionis suggerit, quod nil referat, utrum penes *eundem*, an *alium judicem* interruptio facta, quia *unus*, et *communis* Magistratuum inquirentium finis est; nimirum *vindicta et utilitas publica*, omnesque eodem, hoc est *publico* nomine inquirunt, et sic merito juribus *ejusdem personae* fruuntur, quum e contra in civilibus, ubi de jure cujusque *proprio* agitur, interruptio unius, alteri non prosit, *l.* 2. *pro donat*, ceu eleganter observat Leyser *cit. l. M.* VII. Alia quaestio est, utrum ejusmodi judicialis post tractum temporis facta postulatio omnem in futurum praescriptionem impediat, an vero tantum operetur, ne tempus *antea* elapsum computetur, adeoque *post* illam de-nuo *novus* temporis cursus incipiat? Posterius asserit Laut. *cit. loc.* §.

XXVI. quam sequuntur Berg. *oecon. jur. p.* 872. Leys. *cit. loc. M.* VII. ob argumentum a verbis l. 29 ductum: *ad eum diem quo quis postulatus est*, postulatave. Mallem ego potius prius defendere, ne alioquin judex singulis quinquenniis, vel decenniis speciem postulationis repetere opus habeat, quod omnino, posita illa sententia, fieri deberet. Et quae demum ratio probabilis, cur *fraudolosa* absentia reo patrocinari debeat pro impetrando. post interpositam semel postulationem novo praescriptionis spatio? Equidem Engavius *c. l.* § 102. idem fatetur eo casu, quo reus judicium *fraude* sua stiterit. Cessante fraude, si penes judicem fuit, illum comprehendendi, nec tamen adversus eum post primam interpellationem quicquam suscepit, cursum novum vel ideo probandum esse docet, quia secundum Ulpianum *l.* 31. *ad Jul. de adult. aequum est, computationi quinquenii eximi id tempus quod per postulationem praecedentem consumtum.* Verum loquitur JCtus de *speciali* casu ex indole processus *accusatorii* explicando, quo *uno* accusatore desistente, *alius* accusationem repetere intendit, quod, quum semel admittat lex, non potuit non tempus praecedens detrahere, ne tergiversatio vel negligentia prioris accusatoris, posteriori fraudi, reo pero praesidio sit, *l.* 3. § 1. *l.* 11. § *f. de accus.* Ita vero duplex inspectio in hac specie se exerit. 1) obligatio *prioris* accusatoris inscriptionem ordinandi, vel hodie ex cautione accusationem prosequendi, quod is turpiter c. loc. neglexerat. 2.) Favor *tertii*, per leges semel ad repetendam accusationem admissi. Utraque enim rationem decidendi, cur, ex quo postulare in hujus potestate positum esse coepit, *nova* praescriptio inchoetur. Praesens quaerela vero de qua hic disputo, pertinet, ad *inquisitionem*, cujus judex solus est arbiter, nec alius praeter illum inquirit, quamque is pro lubitu citius, vel serius exequi potest, ita, ut respectu ejus semper res sit integra. Unde 1.) obligatio arctior, coeptam *inquisitionem* sine mora ad finem perducendi, aut cautio, huc tendens, hic cessat. Multo minus 2) *tertius* est, cujus favore computatio cit. l. applicari posset, sed de eo ipso judice, qui inquisivit, cognitione autem paulisper intermissa, eam repetere vult, litigatur. Hujus conatus tanto magis, nullo temporis lapsu obstante, probo, quanto minus alium suppono, cujus favore ad cit. l. redeundum est. Si quis usus hujus legis in inquisitione probandus, ad eam solam speciem, quo desistente judice *delicti* commissi, *forensis*, qui reum prehendit, et ea, quae ad inquirendum crimen pertinent, instruere vult, sed a reo ob praetensam praescriptionem turbatur, pertinet.

V. *Tempus*, quo judicium criminale in foro Romano summovebatur, et hodie praescriptio finita, est, fatente Auctore *N.* VIII. *viginti* annorum, si regulam spectas, ceu liquido apparet ex *l.* 12. *Cod. l. Corn. de fals. quinque* annorum, si exceptionem. Huc pertinebant crimina *carnis*, quae *lex Julia de adulteriis* vindicaverat, et peculatus *l.* 7. *ad l. Jul. pecul.* Cetera omnia sub regula comprehendebantur, nulla *qualitatis* habita ratione, *levia*, gravia, aut *enormia* illa fuerint. Dudum

enim profligata est sententia Ausonii N. XXV. aliorumque, qui quaedam prorsus impraescriptibilia perhibent, sive quod *atrocia* sint, sive quod ex lege *divina* vindicentur. Thomas. *de praescript. bigam.* § *XVIII.* Prior enim ob defectum *legis* non adeo liquidum, nec argumentatio stringit, *quae in quibusdam a regula deviant, ea nec legi praescriptionis subsunt.* Unde recte Leys. *c. l. Med.* XI. scribit, *si hanc generalem exceptionem admittas, nova orietur controversia, quaenam scilicet crimina inter atrociora referenda, quae difficillimas disputationes parit.* In solo crimine *perduellionis* analogia juris persecutionem *perpetuam* suadet, siquidem leges omnem ejus suppressionem reprobant, *l.* 5. *C. ad l. Jul. maj.* et sic non possunt non modum qualemcunque cohibere, qui removendis et supprimendis criminibus inservit, qualis utique praescriptio. Posterius, etsi in thesi verum, in hypothesi claudicat, quando quidem vix extat delictum, cujus vindicta non esset ex lege *humana*, et sic quae juris divini sanctio subinde prostat, ea aut vigore *legis propriae* destituitur, aut ad jus *forense* Judaeorum referenda est.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLI. N. 45.

Casus in quibus adulterium in Saxonia vicennio praescribitur.

Allegatam constitutionem non dubiis vacasse, cum ex Schiltero *Ex.* XLIX. *th.* LXXXIX. et Granzio *de def. reor. P.* II. *p.* 303 tum ex *Dec. Nov.* LXXXIV. per quam res decisa, docet. Interim per modum exceptionis 1) in *quinquennio* Saxones subsistunt, in casu *attentati* adulterii, regulamque tanquam juri communi derogatoriam, de *consummato accipiunt* Wernh. *P.* I. *Obs.* XL. 2) si adulter, effectu juris spectato, pro *soluto* habetur, ob conjugis *desertionem*, vel vitam *meretriciam* electam, Engau: *c. l. p.* 6 Idemque 3) in *Ducali* Saxonia passim indistincte intuitu *cujuscunque* adulterii servatur, Richt. *V.* 11. *Cons.* CCCLI. *n.* XVII. Kayser *pr. crim. p.* 431. Non tamen 4) hanc praescriptionem poenam *politicam* excedere, et sic ad *poenitentiam ecclesiasticam* haud pertinere putat Berg. *El. crim. suppl. p.* 388. Verum movetur *falsissimo* principio, quod poenitentia non sit propria *poena*, sed voluntatis *emendatio*, quod sub incudem vocat B. Parens *J. E. tit. de poen.* § XVI.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXLI. N. 46.

Stuprum cum Judaea quinquennio summovetur. Praescriptio bigamiae, Sodomiae, lenocinii, stupri violenti, raptus.

Si stuprum inter *Judaeum* et foeminam *Christianam* commissum, dubitari posset, an non a praescriptione ordinaria eximendum sit, quia illud ob praetensam abnegationem implicitam *fidei Christianae* olim contra regulam capite punitum, *jus prov. svev. cap.* CCCXLIX. Verum uti ista praesumtio ex vana superstitione orta, ita hoc genus stupri nullibi a lege exceptum, nec adulterio, quinquennio praescribendo, gravius haberi potest. WERNH *P.* VI. *Obs.* CCCCXVII.

De *Bigamia* dubitant, non tantum secundum jus *commune*, quia in *art.* CXXI. gravior adulterio habita, verum etiam de jure Saxonico, ubi *duplicatum* adulterium, et sic multo magis *bigamia*, non nisi *vicennio* excluditur. Sed prior ratio hypothesin de *Sacramento* redolet, et inter protestantes exulat, maxime, quum de jure Romano expeditum sit, Bigamiam ab adulterio non separari *l.* 29. § 5. *seq. ad l. Jul. de adult.* Posterior tantum ad eum casum pertinet, quo quis, in Saxonia, vivente conjuge, novam personam conjugatam super induxit; sin solutam, etiam in Saxonia quinquennio inhaerendum WERNH. *P. VI. Obs.* CCCCXV. THOMAS *de praes. bigam.*

Neque *Sodomiae* praescriptio a contradictione libera est. Excludit eam ANT. MATHAEI *de crimin. Lib. XLVIII. tit. III. c. VI. in f.* nulla suffultus lege, et ratione sed sola *conjectura: legem Juliam dum stupro accusando quinquennium praefinivit, de venere monstrosa haud cogitasse.* De stupro in *puerum* legem Juliam interpretatur ipse *c. l. c.* V. *n.* 11. Idem sentit HOFMANN *de notabil. delict. tempor. c. f.* §. XI. et hoc quinquennium ad solam *paiderateian* restringit, nefandum vero cum *brutis* venerem *nullo* tempore praescribi autumat. Plerique ejusdem Scholae ex sola criminis *enormitate perpetuam* ejus accusationem repetunt, PUFFEND. *proë. crim. c.* XIII. §. X. *Consil. Tubig. Vol. V. cons.* LXXVII. *N.* XXXV. GUAZZINUS *criminal. p.* 102. Sed hujus ratiocinii insufficientiam in antecedentibus jam ostendi. Nil itaque reliquum est, quam ut quinquennium hoc trahamus, quia, Sodomiam *ad l. Juliam* pertinuisse, sufficit per § 4. *J. de publ. jud.* et l. 29. § 6. *ad l. Jul. de adult.* nec circa hunc reatum exceptio ullibi occurrit, NOORDKERK *de matrim. ob turp. fac. quod* crim. *Sodom. dicit. dissolut.* C. I. §. IX. TITIUS *in jur. priv.* LVI. *c.* IX. § XXII. occurrit. Atque ita non semel Hallenses pronuntiasse memini. Nominatim ita judicarunt ob praeternaturalem cum vacca ante XV annos commissum concubitum, imo, quia praescriptio ex actis liquida erat, non obstante defensoris mussitatione pronuntia-

runt: *Dass die vvider den Müller P. angestelte Inquisition gestalten Sachen und Umständem nach, und vveil nach Ausvveiss derer Acten die unmenschliche Ehethat vor* 15. *Jahren begangen seyn soll, nicht statt finde.*

De *lenocinio* satis clare est l. 29. cit. *De incestu* vero, quantum satis supra mentem meam proposui *Qu.* LXXIV. *Obs.* IV.

Quid vero de *stupro violento* et *raptu virginum* dicemus? De illo habemus effatum Ulpiani *in l.* 29. §. *f.* quod ad *l. Jul.* de vi publica pertineat, et ideo praescriptio quinquennalis *l. Jul. de adult.* in eo cesset. De hoc similis decisio in *l.* 5. §. 2. *ad l. Jul. de vi publ.* Miratur Wernher. P. VII. Obser. CCCCXII. quod Auctor noster utriusque inter *exceptiones* non meminerit. Neque dissimulo oscitantiam, si *hypothesin* Carpzovianam quod uterque reatus crimen *carnis* sit, considero; probo tamen silentium, si ex veris principiis judicare licet. Nam quum neutra species ad crimina carnis proprie pertineat, sed utraque sub *vi publica* comprehendatur, mentio de utrinsque praescriptione hic, ubi de criminibus carnis agitur, immisceri nec potuit, nec debuit.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXLI. N. 55.

Homicidium vicennio praescriptum.

Ast, nondum evictum est, praescriptionem vicennalem in *homicidio* locum habere. *Negativam* tuentur Berger *in El. crim. pag.* 282. Wernh. *P.* III. *Obs.* CCVII. Leys. *sp.* DXV. *M.* XIII. et *sp.* DXCVII. *M.* XXVIII. Brunn. *de proc. inq. C.* XI. *N.* III. ea ex ratione, quod poena ejus sit juris *divini*, nec legibus *humanis*, quibus debetur *praescriptio*, subjaceat, adeoque persecutio ejus sit *perpetua*. Sed hypothesin istam dudum profligavit Thomas. *de jur. aggrat. princ. in caus. homicid.* Vindicata itaque poena hujus delicti legibus *civilibus*, et posita facultate circa illam *dispensandi*, merito concludendum, etiam praescriptionem *vicennalem* hic obtinere, Engau *c. l. p.* 24. Puffend. *c. l.* Idem ad crimen *partus abacti* applicat Thomas *de praes. bigam.* § XXIII. Passim tamen *parricidium* ab omni praescriptione eximitur, ut de jure *Austriaco* docet Froelich *P.* I. *p.* 289. Imo contra homicidas accusatio *perpetua* conceditur jure *Prussico P.* III. *Lib.* VI. *tit.* XII. *A.* I. § II. Hofmann. *c. l. c.* VI § VI.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CXLI. N. 87.

Diuturnitas temporis poenam per se non mitigat. Explicatur l. 25. pr. de poen.

Vetus est Doctorum persuasio, non perinde acerbius puniri, quia ante *longum* tempus crimen admisit, quam si delicto *recens* perpetrato, damnaretur, Guazzin *defens. reor. p.* 102. Auctor iis fuit Modestius *in l.* 25. *pr. de poen.* dum *mitius cum iis agendum* putavit, *qui longo tempore in reatu agunt, quam qui in recenti sententiam excipiunt.* Veritas opinionis a sensu phraseos: *in reatu esse*, pendet. De quo non omnium eadem sententia est. Mihi pertinere verba videntur ad judicium id, quo quis olim de *crimine* reus *postulatus*, sive ex more Romano *sordida veste* utere-tur, et promissa barba incederet, uti visum Leysero *sp.* DXV. *Med.* III. sive non, modo inter reos receptus esset. Ferrand ad l. 25. cit. in *Thes. Jur. Rom. T*, II. *p.* 557. Ex hoc, si, diutino tempore exacto, demum reus coercebatur, mora *anxietate* mixta, et connexa praesumtio, quod aliquem *excusationis* caussam, quia condemnationem distulit, habuisse censetur, ipso jure poenam minuisse videbatur quemadmodum viceversa insolidum poenam patiebatur, cujus condemnatio *statim* post coeptam accusationem sequebatur, quasi *celeritas* condemnationis, admissum illius expeditum, indubitatumque esse, demonstraret. Igitur *celeritas* aut *dilatio* poenalis sententia modo *strictam* modo *leniorem* coercitionem suadere dicitur. Hoc quantum absit, ab illis, qui solo *temporis* diutini lapsu tuti, contra coeptum praesens judicium misericordiam implorant, nemo non videt. Tantum enim abest, ut illi in reatu constitutis aequiparari possint, ut potius in solo *conscientiae* metu constituti videantur, et multo *pinguiorem* conditionem interea subeant, quam quos coeptae accusationis injuriae vexant. Unde temporis diuturnitatem, *qua talem*, recte rejecit Auctor cum Froelichio *ad C. C. C. P.* 1. *pag.* 291. cui, nescio, quam aequitatis speciem pro molliendis poenis inesse existimat Leys. *c. l. M.* III. Si quae adest, ex cohaerentibus aliis animi *emendati* conjecturis repetenda, per se et sine his, ne colorem quidem habet. Quid enim si pluribus delictis hucusque per varia temporum intervalla admissis implicatus, ob horum *antiquius* tantum in jus vocatur, recentioribus adhuc in *obscuro* positis, an ulla aequitas ex vetustate facti praesentis, judicem in mitiorem partem trahere poterit? Si reus *post delictum*, intemeratam vitam egit, non tam *temporis*, quam verisimilis *emendationis* ratio habenda. Quis vero sponsor erit, eum, qui delicti ante decennium commissi reus postulatus, hucusque factum turpe simile non commisisse *Ignorantia* judicis sane vitia non purgat, nec est, quod in dubio a solo tempore pristini delicti pro vitae *honestate* praesumtio capienda sit. Paucis, aut post delictum in judicium recens deductum facto turpi,

sed ignoto reus se maculavit, aut nihil omnino commisit. *Priori* casu frustra auxilium judicis implorabit: posteriori *venia* dignus. Sed in *hypothesi* neutrum liquidum est, omnia in incerto posita, ut nullam validum argumentum inde trahi queat. Facilius *principis* indulgentia probatur, si sceleris memoria in hominum animis jam exoleverit, exemplo Augusti, de quo id testatur Suetonius *in vita ejus*, c. XXXII.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLII. N. 52.

Fundamentum arbitrii generale in poenis. Caussa, conditio personae delinquentis et offensae, locus, tempus, qualitas, quantitas, eventus, speciatim poenas moderantur.

Duabus quaestionibus absolvitur praesens tractatio. 1) *an* judex poenam paulisper *resecare* queat? 2) *quando* hoc ipsum ei integrum sit? De priori nos non dubitare sinunt tot leges Romanae, ac Germanicae, quae frequenter eam indulgentiam non modo probant, sed etiam inculcant, et ad officium judici referunt, et passim ab auctore hic allegatae sunt. Posterior illud ipsum caput constituit, de quo in praesenti agendum. Utriusque tam sororius nexus est, ut neutra sine altera intelligi queat. Certe prior quantacunque demum veritate conste, sine discussione posterioris, et definitione *caussarum* arbitrii probatarum, omne omnino officium perditum, et inutilis futura est. Nam sola *voluntas* legislatorum illam probans tantum caussam *remotam* constituit, judicemque legitimat, ne, dum hanc sectatur, neglecti officii reus fieri possit. Caussa vero *specialis* vel in *omnibus*, vel in *certis* delictis, temperamentum suggerens, efficit, ut is, moderata poenarum applicatione, *juste* egisse censendus sit. Fundamentum in quo terminatur in universum ista moderatio, ab *habitu* cujuscunque delicti ad *rempublicam* dependet. Habent enim delicta cum omnibus actionibus humanis id commune, quod aliquando *magis*, non nunquam *minus* rem publicam labefactent, prout quae illa circumstant, mirum in modum variant, nec eodem modo in salutem publicam influunt. Nascuntur inde quidem delictorum *gradus*, ex quibus una eademque species plus minusve vitii pro re nata continet, quum *minima* circumstantia factum variet. Unde quantitas *moralis* delictorum oritur. Ipsa multitudo circumstantiarum, gradus diversos suggerentium, non permittit, ut singula delicta *generaliter* definiri; aut eorum articuli, quantum quilibet ad intensionem, remissionem poenae conferat, comprehendi possint. *l.* 12. *de LL.* Et, si vel maxime multitudo exhauriri posset, ipsa *mixtura* mirum in modum varians, absolute obstat, siquidem vix est, ut duo delicta ejusdem generis sub iisdem circumstantiis, eodem modo conspirent, sed semper alteri aliquid *veniae* insit, quod in altero vix cernitur. Quamvis vero leges poenas secun-

dum hos gradus *explicite* tamen id fecisse censentur, dum *rectae rationi* quilibet legislator se conformare voluisse videtur. Quo ipso satis probatur sententia eorum, qui docent, facultatem judicis singula delicta aestimandi, quam *arbitrium* vocamus, per ipsas leges dirigi, et quidquid veniae legitimae superest, *legibus* convenire, non vero a sola *phantasia* judicis pendere, multo minus eas circumstantias huc pertinere, quae in quantitatem *moralem* non influunt, et solam *speciem* humanitatis prae se ferunt. Talis aequitas enim est *cerebrina*, et ipsa misericordia *intempestiva*, quae nullum juris favorem meretur. Et tamen ejusmodi indulgentia passim forum occupat, cum maxima jurisprudentiae corruptione, dum consultum eunt judices ac defensores criminum reis, sub praetextu *aequitatis*, modo ut leges per *indirectum* evertant, reosque poenis capitalibus subtrahant. Ut ecce: si confessus propter leviorem *excessum* in *tortura* mitius coercere gestiunt, vel in homicidio, e quo alter *confestim* periit, propter omissam *sectionem*, de imponenda poena capitali anxii haerent. Peccare judicem utroque modo; officium suum parum diligenter explentem, non nego. Non ideo tamen id reo prodesse, aut ad minuendum reatum quid conferre poterit, de quo quantum per leges, et rectam rationem fieri potest, sive ex *confessione* sive ex *eventu* satis constat. Haec inquam et similia mitigantia nec leges probant, nec probare possunt, intentioni earum quippe e diametro contraria. Quanto rectius sentiunt, qui judicem circa remissionem occupatum, a voluntate legum explicita vel implicita, ne latum quidem unguem recedere, sed salva ista, qualecunque arbitrium exercere, inculcant. Videlicet sunt in ipsis legibus variae caussae pro temperandis poenis probatae, quae si factum aliquod vitiosum circumstant extra omnem controversiam sunt, sed dantur quoque, quae *vi* et *effectu* ejusdem indolis sunt, ac si *nominatim* expressae. Quo refero non modo, quas defectus alterutrius proprii *requisiti* ad ordinariae poenae exercitium praescripti, suggerit, et quae non nisi examinata cujuscunque delicti natura cognitae esse possunt: veluti restitutio damni, furto commisso, foeminae violatae deperdita vita, in raptu, ac stupro violento, cessans expensio, in falsa moneta, et similes, verum etiam quae secundum regulas *recte rationis* quantitati morali delictorum in *universum* multum detrahunt. Comprehenduntur vero, ipso monente JCto in *l.* 16. *ff. de poen. caussa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu. Caussa* cum ad intentionem delinquendi in genere, tum in specie ad *motivum* speciale alicujus delicti referenda. Intentio admonet judicem, ne quod ex *lascivia*, vel culpa committitur delictum, cum *doloso* confundatur, sed mitius, quam hoc tractet. Dantur delicta, quae *semper* dolum supponunt, per culpam vix committi possunt, uti *furtum, procusio falsae* monetae, *propricidium*, in quibus haec observatio exulat. Contra ad pleraque *doli* et *culpa* distinctio referenda, et indulgentiae ob concurrentem solam *culpam* locus dandus: Frequens est haec inspectio

non modo in *incendio*, circa quod, ipso monente CAROLO V. videndum utrum commissum fuerit *aus Vorsatz oder aus Geilheit, Unvorsichtigkeit, und wider des Thäters Willen*, ut dicitur in *art.* CXLVI. *C. C. C.* Ejusdem generis sunt facta, in quibus quis *jure* suo quidem sed non cum debita *circumspectione* usus est, quorsum *excessus* magistratuum, parentum, praeceptorum, moderaminis inculpatae tutelae refero, et si quae alia a *proposito* maligno ut plurimum quidam, non aeque a *culpa* aliena sunt. Quod de culpa mitius coercenda, si dolus prorsus abest, asserui, suo modo ad eum casum quoque, ubi reus *dolum* quidem dissimulare nequit, sed aliunde *venia* dignus, referri potest. Nam non omnis dolus capitalis est, sed habet suos *gradus* quorum *summus*, uti ex praemeditato diu ante delictum consilio,aut ex insidiis, quas evitare difficillimum, colligitur, ita *intermedius* delictis scienter quidem, et ex proposito, sed sine praedeliberatione, aut singulari proditione commissis, respondet, *infimus* denique ex concurrente cum proposito *imbecillitatis* ratione, vel juris *probabilis* persuasione cognoscitur. Prouti itaque alteruter horum delicto cohaeret, nunc *gravius*, iterum *excusatius* delinquitur, et sic vel paulo acerbior ordinaria et communis, vel mederatior poena locum habet. Sic *homicidium* diu multumque in mente *praeparatum*, aut mediante *veneno*, vel specie amicitiae per *insidias* commissum, quia in hoc extremus malitiae gradus occurrit, leges, *rota* coercent. *Art.* CXXX. et CXXXVII. simplex, quod scienter quidem, ast sine *longiori* praemeditatione perpetratur, *gladio* vindicant; denique illud, cui *doloris* species, et *irae* aestus cohaeret, tametsi spontaneitas non desit, *extra ordinem* expiandum volunt. Ob majorem dolum, severius supplicium expectat, qui *inebriatam* vel *dormientem*, quam qui per *blanditias* puellam comprimit, aut *meritrici* vim infert. Idem de *bigamia* dixerim, quae, inter *Christianos* commissa, nil prorsus, quod excusationi locum faceret, suggerit, inter *Judaeos* vero, quibus juris *Mosaici* praetextus in promptu est, non *aequali* dolo committitur, et ideo ibi, non aeque hic *capitalis* est. Neque rigorem *Art.* CVII. *C. C. C.* effugit, qui contra juramentum *palam* et suo quasi jure, facilius, qui *clam*, animo mox abeundi, tametsi scienter, rediit. Quim imo *furtum* quod ob praemeditatum consilium *laqueo* coercetur, mitius tractandum in eo, qui rem alienam *casu* inventam, dolose retinet. Priori casu enim dolus plenior, posteriori remissior est, sive quod repentinus, et non praemeditatus sit, quod imbecillitatis ratio eum valde excuset. Eoque inspectionem refero, utrum factum honestum *initium* habuerit, an a principio *vitiosum* sit; ibi enim multo excusatius, quam hic delinquitur ut supra ad *Qu.* LXXXVI. *Obs* I. observavi. Dolo simplici accenseo quoque *eventualem* ei imputandum, qui armis mediisque lethiferis versatur in re *illicita*, ex qua facile conjecturam capere potuit, de sinistro, licet directo haud intento, eventu. Quale quid, homicidio commisso, fere quotidianum est, dum multi, quibus solus ani-

mus *laedendi*, ac vulnerandi principaliter haeret, tamen de homine *occiso* ob eventualem dolum tenentur. Qui, etsi paulo remissior utique sit, quam *purus*, et *directus*, iste gradus tamen tanti non aestimatur a legibus, ut poenae ordinariae quidquam decedat, ceu ad *Qu.* I. et III. observavi. Hactenus intentio vel propositum dolum determinant, sed etiam *caussa* movens multum in ejus gradum influit, quae, quo turpior est, aut speciem liciti prae se fert, mirum in modum vindictam augere vel temperare debet. Quis negabit longe graviorem reatum committere, qui *caedis*, *lucrive* gratia, quam qui ex mero *vindictae* pruritu incendium supponunt, quis homicidium solo *quaestu* et *commodo* provocatum non longe graviori poena subiecturus est, quam illud, ad quod vana *inclarescendi*, vel vulgaris *dedecoris* avertendi, opinio alta mente reposta, aliquem permovit. Eadem ratione in aliis quibuscunque delictis motiva sollicite indagare et secundum illorum indolem justitiam *praesentis* de qua quaestio est, poenae aestimare, praestat, maxime in delictis *arbitraria* poena coercendis, in quibus multo major ratio arbitrandi, et prout quaeque res postulat, de poena statuendi, judici relicta.

Altera ratio remissionis supplicii sita est in *persona*, tum *delinquentis*, tum *laesae*, quae utrobique consideranda, secundum *aetatem*, statum *animi*, et corporis, *sexum*, *conditionem*. Et circa delinquentis personam quidem communiter res dubio caret; offensae quidem aliquando, sed non tam frequens est consideratio. De *delinquentis* aetate statu animi, et corporis, conditione externa, sequentibus quaestionibus agendum. Circa *sexum* fere haesitandum, saltim regulariter. Nec enim is in caussis capitalibus, nec arbitrariis quidquam confert ad minuendum delictum, nisi quod *decori* ratio certa poenarum genera remittere jubeat: quale quid de *suspendio* sancitum *Artic.* CLIX. ceu supra *Qu.* LXXXII. *Obs.* *V.* pluribus docui. Alias masculi cum foeminis parem poenam ob delicta experiuntur in *homicidio*, *perjurio*, *vi publica*, *blasphemia*, ut ne quidem delictorum, quae non tam ex improbitate, quam imbecillitate humana committuntur, alia sit conditio, ceu *stupri* poena evincit, quae ubique extra casum singularis *seductionis*, eadem est. Equidem Berger *El. crim. suppl. Obs.* III. inter poenas definitas, et arbitrarias distinguit, sed neque hoc perpetuum siquidem remissio poenae in *veneficio*, et *adulterio* satis expedita est *Art* CXXX. *C. C. C. auth. Hodie C. ad l. Juliam de adult.* Neque in *furtis minimis*, poena extraordinaria determinata per sexum,qua talem, alteratur. Ad *laesam* personam respiciendum in *iniuriis* et *vi illata*, quum multum intersit,utrum reverentiae, et potestatis publicae ratio in coercendis hisce delictis, concurrat nec ne? Nonnunquam in hac ratio poenae definitae cessat, aut remissior est, ut in *stupro violento*, *raptu in meretricem* commisso, quibus non adeo securitas publica violatur, et sic dolo delinquentis multum decedit. Idem de *rapina* in hominem *faidosum*, et securitate publicam indignum commissa, dicerem.

Locus, quaetenus eidem peculiaris *sanctitas* cohaeret, vel non, auget, vel minuit delictum, quod de *vi publica*, et *injuria* certum, quae atrocior, si in palatio principis, vel aede sacra, levior si alibi commissa, Stryk. *de sanct. resident.* B. Parens *de sanctit. ecclesiar.* In *expositione partus ipse* Carolus *respicit auf das gefarhrlichte Hinlegen Artic.* CXXXII. quod ad *locum periculosum*, vel non periculosum pertinet, licet, ut verum fatear, posteriori casu magis in defectu *doli* ratio decidendi mitigandae poenae ordinariae lateat. De *furto qualificato* in casula rustica commisso quaerunt, an non *loci* inspectio meliorem poenam suggerat, quam effractio in urbe suscepta? sed parum convenienter, quum vita rustica neminem illis juribus, quae ob *securitatem publicam* statuta, indignum reddat, et tanto majorem vigorem rigor hoc loco mereatur, quo difficilius ruri, ubi minor hominum copia est, violentia praecaveri potest. Quondam in poena *incendii*, loci habitam fuisse rationem ex *l.* 28. § 12. *de poen.* discimus, sed aliud visum Carolo V. *in Art.* CXXV. ut supra *Qu.* XXXVIII. docui.

Temporis non adeo frequens est inspectio, quum actiones noxiae, tales *semper* maneant eodem gradu. Est tamen aliquando: ut ecce, si de *effractoribus* coercendis lis est quorum *diurnos*, levius quam *nocturnos*, leges Romanae coercent *l.* 2. *de effract.* simile discrimen probat constitutio Carolina *Art.* CLXVII. quando *furta* in agris hortisve facta, quod admitto, si de poena *extraordinaria* quaestio est, non si tantum ablatum, quantum ad poenam capitalem sufficit, quia istius determinatio in furto satis dura est, et sic utrobique eadem manet, non rigorosior ex loci conditione fit. Equidem Carolus V. dum necem furis nocturni impunem pronuntiat, temporis rationem habuisse videtur, *Artic.* CL. *C. C. C.* sed revera ad *periculum* respexit, quod non tam a tempore, quam *clamoris* testificatione mutuandum, adeoque idem obtinet contra diurnum, si telo si defendat, et hoc ipsa circumstantia se furem *periculosum* esse ostendit.

Nulla circumstantia magis delictis aptari debet, quam *qualitas*, per quam, cum ipsum actionis *vitium*, tum in specie *effectum* majorem, vel minorem, in rempublicam redundantem intelligo. Eam non modo in poenis *determinatis* ob oculos habuerunt *legislatores*, verum etiam in *arbitrariis* subinde commendarunt, sub clausula: *nach Gestalt der Sachen*, cui et recta ratio succinit, quae omne delictum ex turbata pace ac utilitate publica aestimat, et quo gravior aut levior salutis publicae est labefactatio, eo majorem vel minorem vindictam probat. Possem per singula delicta ire, et quantum in omni delictorum genere ab hoc circumstantia dependeat, illustrare, nisi id pervulgatum esset. Ut taceam dissimilitudinem *injuriarum*, quarum quaedam, ob verborum ac factorum qualitatem, majus vel minus scandalum; praejudiciumve continent, usus certe procul dubio cernitur in distinctione inter homicidia ac furta, lenocinia *qualificata*, ac *simplicia*, quorum his ubique minus, quam illis supplicium imminet. Gemina his sunt,

quae, de criminibus *falsi* circumferunt leges, dum in falsa moneta atrociorem, in reliquis falsi speciebus plerumque mitiorem poenam definiunt *Art.* CXI. CXII. CXIII. C. C. C. Eamque ob caussam crimen *laesae Majestatis* longe minus est *perduellione*, omniaque rigoris argumenta huic propria ignorat, vide supra *Qu.* XLI. Par ratio *minarum*, ab quae, si in *unum* directae, cautio de non offendendo sufficit, sin in *universitatem*, ad *diffidationem*, capite coercendam pertinent *Art.* CLXVII. CXXVIII. *C. C. C.* In arbitrariis poenis id tanto minus dubium habet, quanto magis ex hac circumstantia *proportio*, quam determinatio poenarum saepe ambiguam facit, instruitur. Ut ecce: ob *stuprum*, cum vel sine *insidiis*, ac *sollicitationibus* commissum, modo poena intenditur, modo levatur: *famosus libellus*, cujus vindicta hodie arbitraria est, longe molliori poena coercetur, si nec fides *publica* alterius laesa, nec *existimationi* apud graves vivos quid detractum, nec vitae, aut *laesiones, caedes* inde sequutae, tanto majorem intensionem meretur, si de his *effectibus* constat. Idem de aliis quibuscunque delictis judicium esto.

Proxima huic est *quantitas*, ad quam saltim in capitalibus, non ubique respicitur, imprimis, si horum proxima caussa in laesa securitate *publica* recondita, quorsum *rapinam, incendium* refero. Verum in ea non ubique subsistunt leges, sed poenam ex quantitate *damni* patrimonialis dati aestimant, ut *furti* crimen docet, cujus poena mensuram capit a pretio *quinque* solidorum. Non multo aliter de *falsi* crimine judicandum, cui, capitalem poenam lex minatur, si fuerit *groblich*, adeoque a rigore non potest non valde recedere, si fuerit minus. Pertinet huc suo modo *iteratio* delicti cujusdam frequens, aut rarior. Certe in furto parvo res expedita est, quod prima, vel altera vice, lenius, *tertia*, severius coercetur. Quid? quod in *atrocioribus* usus *exasperationum* inde unice dependeat *Art.* CXXXI. *C. C. C.* In plerisque, si extraordinaria exceperis, nil relevat, ut ex Blasphemia, stupro violento, homicidio, adulterio apparet.

Tandem dum *eventus* spectari dicitur, nihil aliud indigitatur, quam coeptum ac propositum, a *consumato* sollicite distinguendum esse, adeoque ibi semper poenam remitti. Effatum Callistrati enim in *l.* 14. *ad l. Corn. de sic. in maleficiis voluntas magis spectatur quam exitus*, ad turbida reipublicae Romanae tempora pertinere, ubi praesentissimo exemplo opus, adversus eos, qui cum sica saltim obambulaverant, hominis occidendi caussa, supra evici. Nobis, ex lege *Carolina* respondentibus, notissimum, sine consummatione delicti poenam ordinariam cessare, et ne eventum quidem sufficere, nisi a delinquente *proxime* productum, ut vel sola diligens de *lethalitate* vulneris indagatio praescripta docet, nisi forsan ex lege *speciatim* aliquando voluntas pro effectu habeatur, aut in atrocioribus reus, quantum in se fuit, delictum *feliciori* eventu impeditum, perfecit, ut supra *Qu.* II. *Obs.* IV. docui. Quae, quamvis *in thesi* vera, in *hypothesi* plerumque

moram faciunt, dum nonnunquam consummatio latius extenditur, et ad eam amplius quid exigitur, quod revera determinationem legalem excedit. Dudum hunc naevum in crimine *raptus* observarunt eruditi, ob quod, non secuto quocunque modo *concubitu*, quasi haud consummatum, ex perversa quarundam sententia reus a rigore poenae capitalis eximitur. Idem de crimine *veneficii*, si alteri quidem *nocitum*, sed *mors* non secuta, nec non de adulterio, sodomia, quamdiu de *seminis immissione* non constat, licet membrorum genitalium conjunctio, et agitatio libidinosa liquida fuerit, vulgo obtinere, praxis quotidiana docet.

De his similibusque circumstantiis observo I.) eas in genere arbitrium judicis regere, adeoque non modo *minuendae*, verum etiam *augendae* poenae argumenta subministrare II.) earum usum in poenis *determinatis* quidem, non adeo frequentem esse, observari tamen in *dubio*, et quamdiu lege non aliud *evidenter* statutum. Dubium accipio non pro *qnacunque* probabili vel imaginaria caussa, quae facile legem eludere posset, sed pro *fortiori*, ex ipsa *ratione* legis petita, et sic *definitioni* legali non prorsus repugnante. III.) Inprimis vero praxim ad *arbitrarias*, quarum modum et limites judici definiendos reliquit legislator, pertinere. IV.) In *collisione* circumstantiarum poenam aggravantium et minuentium *fortioribus*, et *pluribus* rationibus cedere debiliores et pauciores; sin *aequalis* roboris, in dubio *posteriores* praeferri, imprimis circumstantiae a *conditione* personae mutuatae insignem usum pro *mitigatione* esse, et plerumque vim circumstantiae *facti* aggravantis excludere. PUFFEND. *cit. l.* § LVI.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLIII. N. 8.

Pubertas intuitu poenarum est sine sexus discrimine Annus XIV. Alicubi pubertas plena ad sustinendas poenas ordinarias desideratur. Num infantia a damni restitutione excusat.

Determinationem *pubertatis* ab Imperatore in crimine furti *Artic.* CLXIV. factam, non immerito ad *omnia* alia delicia proferunt interpretes, aetque in hoc supplent, quod legi deest. Nulla enim solida ratio dari potest, ob qnam ea in re jus in *furto* singulare statutum fuisse, colligeres. Quin potius eadem judicii imbecillitas, doliqne imperfectio, quae puerilem aetatem longiorem in foeminis furantibus probavit, in aliis delictis aeque probat, ne cum foeminis, quas ratio imbecillitati etiam in delictis sublevatione dignas judicat *l. 6. pr. ad l. Jul. pecul.* Severius, quam cum masculis hic procedi videatur. Magis mirum, quod, cum in aliis juris articulis favore aetatis puerilis pubertas *plena* a legislatoribus adoptata, non idem ad *delicta* tractum fuerit. Saltim manifesta aequitatis ratio ob summum poenae capitalis praejudicium id excusare potuisset; sed ea ad

evertendam claram legis dispositionem non sufficit, quidquid disputat Gomez *var. resol. Tom.* III. C. I. *N.* CXIII. Quondam Augustae Vindelicorum ante decimum ne masculos quidem pro puberibus ad effectum subeundae *poenae* habitos fuisse, ex Hundii *Bajerischen Stammbuch tit. Machselreyen p.* 116. discimus. In comitatu Tyrolensi etiamnum pubertas ex annis XVIII. aestimari, testius est Froelich *ad C. C. C.* Simile jus in Electoratu *Hannoverano* circa fures *domesticos* obtinere, ut quoties quis annum XVIII. nondum exegit, rigorosae poenae haud subiiciendus sit; docet Celeb. Ayrer *de furt. domest. C.* II. §. X. Quod singulare ubique in hoc genere est, nec in aliis delictis attenditur, quae, ubi de pubertate quaestio moventur, ad cit. *Artic.* CLXIV. exiguntur. In eo autem conspirant Romana ac Germanica jura quod miserationem *aetatis* contra poenas criminales commendent. Ast quid de *damni* ab impuberibus dati restitutione dicendum?

Movet hanc quaestionem Leyser *sp.* DXXVII. *Med.* I. et dissensum juris *Germanici* ac *Romani* ea in re esse observat, quorum illud ex *bonis* infantis damni restitutionem faciendam esse, *in I. P. S. L. II. Artic.* LXV. *L.* III. *Artic.* III. disponit, hoc e contra eos saltim, quamdiu infantes vel infantiae proximi sunt, absolvit, damnumve ad *casum fortuitum* refert *l.* 23. *ff. de de furt.* Si ex sententia Auctoris nostri judicandum, lis facile componi potest, quandoquidem is *speculum Saxonicum* de pubertati *proximo*, tanquam doli quodammodo capace interpretatur *N.* XIV. quo supposito illud reapse non dissentit, et sic frustra circa litis compositionem laboratur. Verum id non adeo liquidum est, ad minimum vox, *Kind* tam late patet, ut ad omnes ex puerili aetate pertineat. Quidquid sit, in foro fere servamus jus *Romanum* quod etiam manifesta *aequitatis* ratione se commendat, quum haec non minima *imputationis* particula sit, damnum datum rependere, nemo autem hactenus *infantibus* imputationem tribuere ausus fuerit. Unde Leyserus *cit. loc.* Gribnerum, quod obligationem bonis infantum potius inhaerentem, longe *aequiorem* judicavit, non immerito reprehendit, rationemque desideravit, cur alterius infantia laeso *magis* quam infanti, noxia esse debeat. Aut enim imputatio infantibus tribuenda,quod absurdum, aut fatendum, caussam pro iis militantem longe fortiorem esse, quam quae pro *laesi* indemnitate militat, et si ad lydium lapidem examinatur, ad merum *infortunium* redit, ab eo perinde subeundum, ac si per animalia vel res inanimatas laesio contigerit.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLIII. N. 58.

Causae malitiam aetatis supplentes unde repetendae? In imbecillitatis delictis aetatis ratio habetur.

Caussae malitiam aetatis supplentes in solo *doli* commissi, seu improbioris nequitiae *gradu* quaerendae, utpote si puer satis insidiose deliquerit, quod sine animi pravitate, et sufficiente mali persuasione fieri vix potest, cum *imprudentia* autem prorsus pugnat. Circumstantiam, quam a damni magnitudine vel effractione repetit Clasen. *ad cit. artic.* mea quidem sententia parum ad rem facit. Nam prior satis commode cum lubrico aetatis consistere potest, posterior in impuberem prorsus non cedit, neutra doli singularis argumentum suggerit. Neque aliud verbum *gefährlich* infert, quod de solo astu et extraordinaria malitia capiendum esse, materia substrata docet. Eoque redeunt exempla impuberum capite ob singularem dolum punitorum, quae exhibet Struv. *Obs. crim. c. l. C.* XIX. *Obs.* IX. *C.* VIII. *Obs.* V. Brunn. *cent.* XV. *decis. II.* In applicatione hujus doctrinae 1) multum interesse puto, quale delictum commissum, num tale quod sine improbitate vix perpetrari potest, an, quod in se *imbecillitatis* magis peccatum constituit, posteriore casu nunquam ad poenam capitalem convolandum, quorsum crimine *carnis* refero, quae, ad quemcunque demum gradum actio lasciva pervenerit, quia ex vitio communi oriuntur, tanto facilius veniam merentur in impubere, in quo sanguinis impetus plus efficaciae, quam in adulto habet. Haec ratio multo fortior est, quam qualem ab inhabilitate *coeundi*, et crimina secundum perversam fori doctrinam *consummandi* repetit, Stryk. *de poen. imp. C.* IV. *N.* CIII. 2) nunquam impuberes ad *atrocius* supplicium damnandi, sed substituta poena gladii, rigidior poena remittenda, Brunn. *cit. loc.* ne omnino non aetatis ratio habita videatur, quam tamen recta ratio in legibus positivis commendant,

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXLIII. N. 90.

Minorennitas qua talis in poenalibus non excusat. Etiam in Saxonia in causis criminalibus anno XXI. finitur.

Regulam, quod minoribus, *qua talibus* poena capitalis promerita, non sit remittenda, satis firmant *l.* 9. §. 2. *l.* 37. §. 3. *de min. l.* 36. *ad l. Juliam de adult. l.* 1. *C. si adu. del.* nec non cit. *Art.* CLXIV. *C. C. C.* cujus, argumento a contrario ducto, hanc sententiam esse, tenor evincit. Neque recta ratio aliud suadet, quandoquidem haec aetas doli etiam improbioris capacitatem non excludit. Etsi enim eorum imbecillius judicium nimio sanguinis motu et experientiae defectu saepe ad levia abripiatur, ista tamen inclinatio *rationis* freno retineri potest Unde intempestiva misericordia est eorum, qui in *universum* ad aetatis asylum confugiunt, quoties de crimine *capitali* quaestio est, a quibus non alienus videtur Sande *Lib.* V. *Tit.* IX. *def.* IV. Ne dicam hanc doctrinam reipublicae *periculosissimam* et verendum esse, ne minores ex indulgentia sperata in scelera securius ruant, Brunn. *ad l.* 6. *C. ad l. Corn. de sicar.* Plane si magna simplicitas, vel inconsulta in actionibus vehementia in certo casu *speciali* apparet, non male in benigniorem partem sententia dirigitur, ut docent verba *l.* 37. §. 3. *de minor. nisi quatenus miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem produxerit,* quae verba non, prout jacent, sed de peculiaribus *movitivis*, praeter aetatem emergentibus accipienda. Neque enim certi quid hic definiri potest, sed juris applicatio unice ex *facto* pendet, et sic non tantum ob aetatem, quam ob connexas cum ea in praesenti objecto circumstantias singulares de mitigatione poenae cogitandum. Ita si accipias effatum Pauli *in l.* 108. *de R. J. fere in omnibus poenalibus judiciis aetati et imprudentiae succurritur,* nil contra illud monendum, quia infirmus et praeceps eorum judicium ex ipsis facti circumstantiis saepius proditur, et exemplo stupri *violenti* docui *Qu.* LXXIV. *Obs.* VI. Eoque sensu temperamentum recte probavit Carolus V. qui in sacrilegio *Artic.* CLXXIX. *C. C. C.* rationem habendam jussit, *der Jugend.* Consentit Bluml. *ad Art.* CLXIV. *N. V.C.C.C.* tametsi alias regulam in minoribus stricte sequendam moneat. Idem propugnavi de Parricido *Qu.* XVII. *Obs.* VI. de crimine *sodomiae Qu.* LXXXII. *Obs.* I. de incendio vid. Berg. *El. crim. P.* I. *suppl. pag.* 112. Neque aliud de crimine *homicidii* dicendum. Nam quod Diocletianus et Maximinianus in *l.* 6. *C. ad l. Corn. de sicar.* edicunt; *adulta aetate defendi non posse ex l. Corn. de sicar. reum* utique ad regulam et homicidia *insidiosa*, sicariis propria, referendum, non vero ad ho-

micidia, quae magis ex lascivia, juvenili impetu, aut gloriolae affectatione latente Brunnem. *ad cit. loc.* perpetrantur. Praeterea legis *divinae* prohibitionem, unde Leyserus *Sp.* DXCVII. *Med.* XXX. hic exceptionem construere conatur, magis imaginariam, quam veram esse, et *vulgari* quidem, sed a pluribus satis profligatio praejudicio de lege positiva *universali* niti, res ipsa loquitur. Circa extensionem aetatis minorennis illud adhuc monendum, servari terminum juris civilis, etiam in *Saxonia*, isque locis, in quibus alias majorennitas ex anno XXI. aestimatur, tum quod in *poenalibus* non facile *extensio* admittenda, tum quod in his major semper fuerit auctoritas et observantia juris *Romani* quam Germanici, Puffend. *c. l.* § XXIX. Sed aliud visum Auctori *N.* LX. et supra *Qu.* LXXXII. *Num.* XXIII. ex ratione admodum ridicula, quod in terris Saxonicis, maturius aliquando sapiant homines.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLIV. N. 39.

Aetas provecta per se poenam non mitigat, sive in juvenili quondam calore sive diu post, delictum commissum.

Eadem inspectio, quam circa minorem aetatem intercedere dixi, ad *provectam* merito trahenda, ita tamen, ut non tam ob hanc, quam ob alias infirmioris *judicii* notas, cum illa connexas, ad lenitatem senes provocare possint. Harpprecht *Cons.* LXXIX. Struv. *de jurib. et privil. Senect.* His cessantibus tanto severius crimina ab ipsis commissa coercentur, ob majorem, quibus ipsi junioribus praestant, intellectum et prudentia Richt. *Dec.* I. *Num.* LXV. De fure decrepito fustigato, testis est Clar. *proc. crim. Lib. V.* § *f. Qu.* VI. *Num.* VI. Notabilius exemplum bigami, mox centenarii, a senatu Rostochiensi capitis damnati, exhibet Carocius *de caus. mitig. poen. in delict. matrimonial. C. II.* §. *III.* Quaestio itaque de senili aetate tunc propria moveri potest, quoties senex, non aeque quoties olim robustior deliquit, post longum tempus senex eapropter in jus vocatur. Nam tunc frustra in virium defectu praesidium queritur, nisi quod tempus diuturnum et praescriptioni proximum, vel virium defectus ad instar valetudinariorum, genus supplicii temperare suadeant.

mini contra furem morbo *gallico* vehementer correptum, qui misericordiam contra suspendium, sed frustra, imploraverat.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLIV. N. 51.

Epilepticis poena vix remittenda. Idem in quavis graviore infirmitate.

Corporis *infirmitati* in applicandis poenis nec lex, nec ratio succurrit, nisi quatenus sine graviori periculo, et praejudicio, quam quod reus promeruit, infligi nequeunt, quorsum pertinent tradita *N.* XLII. Nominatim, utrum *epilepsia* in capitalibus poenam moderetur, quondam acriter inter Lipsienses et Wittebergenses JCtos disputatum. Rationes utrinque recenset Berg. *El. cr. p.* 215. Quae pro *negante* militant utique sunt fortiores, et *modificatio*, quam contra intercedentem paroxismum allegant Lipsienses, omne omnino dubium tollit. In eo tamen ambo consentiunt, quod poenae capitalis atrocitas v. c. rotae, concremationis substituto gladio, remittatur, ne executio in corpore infirmo nimiam crudelitatem sapere videatur. Wernh. *P.* IV. *Obs.* XV. Infirmitatem intelligo graviorem et cum virium prostratione notabili conjunctam, non leviorem quamcunque, quo luem veneream refero, ne alioquin, qui hac maxima ex parte laborare solent, homines nequissimi, impuritatis palladium sibi contra condignum supplicium construere possint. Ita judicatum me-

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLV. N. 32.

Furiosi ac dementes omnis poenae expertes. Stupiditas, defectus instructionis a poenis capitalibus et corporis afflictivis aeque liberant, non a caeteris. Delicta omittendo causata lenius puniuntur.

Aliud omnino est *furiosum*, aliud *mente captum*, aliud *stupidum* esse. Furiosum dicimus, qui usu rationis, et judicio non modo prorsus caret, verum etiam sanguinis aestu tantopere concitatur, ut sine graviori *periculo* cum eo delitescere non liceat, quem dolo et culpa carere, et omnium poenarum exortem fieri, palam est. Dementium nomine veniunt, qui ratiocinandi facultate quidem destituti, sed quieti, sociabiles, et in ea conditione constituti, ut, quamdiu non provocantur, haud sint metuendi. Hoc amplius, ii quoque, licet in leviori gradu, ejusdem sortis sunt, quibus non omnis ratiocinii facultas abjudicari potest, quantumvis in certis actionum generibus, cum vitio isto, unde mentis corruptio orta, connexis, perversas corruptasque ideas fovent, sive quod

superbia, sive quod amor immoderatus eos in hanc conditionem conjecerit, quos maniacos vocant. Utriusque classis candidati doli mali, in quo ratio imputationis, ac poenarum latet, vix capaces sunt, adeo, ut si eos aliquando abripi ad actiones aliis noxias, contigerit, ob depravatam judicandi facultatem prorsus absolvi debeant. Singularem casum *uxoricidae* dementis habet Richt. *P. II. Cons.* LIII. Stupidi tandem communi sensu, et in vulgaribus seu quotidianis actionibus judicio pollent, alias obtusioris mentis sunt, dum puerilia tractant, facta, quae aliis seria, vel indifferentia, risu excipiunt, ad res serias tractandas vero inepti. In eadem conditione, licet minori gradu vivunt, qui ad societatem quidem nati, serii etiam in actionibus domesticis, ac quotidianis, et a scurrilitate alieni, judicio *imbecilli* praediti, ut magnis et arduis negotiis prorsus sint impares, nec sine difficultate magna de *moralitate* actionum, aliisque similibus veritatibus convinci queant. Rusticitatis vitium vulgo hoc vocatur, et frequentissimum inter agrestes, cultura mentis simul destitutos, nonnunquam tamen etiam inter oppidanos cernitur, quoties eorum instructio vel praetermissa, vel ob nimiam simplicitatem effectum habere non potuit. Utriusque generis socii, quoties ad devia ac illicita prolabuntur in factorum suorum caussas, ac circumstantias inquirere, et connexionem actionum rite expendere, vel non possunt, vel ob hebetudinem intellectus non solent, et sic in advertentia, seu *culpa* magis, quam dolo delinquere videntur. Quare non modo in remittendis *capitalibus* verum, multo magis in *extraordinariis* poenis judicem facilem esse oportet, praesertim si de poena corporis afflictiva similique famosa quaestio est, quae, quo infeliciores reddit homines, eo magis singularem dolum ac malitiam praerequirit, Thonniker *advocat. prudent. in for. crim. C.* XIII. *N.* LIII. Aliud de carcere, poena pecuniaria dicendum circa quas non adeo laborandum, quin potius in universum cogitandum, poenam in hisce subjectis fere unice ad ratiocinis *emendationem* esse comparatam, ut, qui de consequentiis actionum non convincuntur, malo quodam praesenti *sensuali*, ast in futurum ipsis *innoxio*, in ordinem cogantur, ne denuo simile delictum committant. Inprimis examinandum, *committendo*, an *omittendo* peccaverint; prius plerumque majorem, posterius minorem turpitudinem sapit, quia cum *ignorantia* tum *inadvertentia* omissioni propria, commune et nativum *stupidorum* vitium est, ut recte observat Kress. *ad Artic.* CLXXIX. §. III. *C. C. C.* Quae quidem observatio in infanticidio saepe usum habet, quoties ejus notae puellae, nil mali pertimescentes, umbilicum infantis vel non, vel non recte obligant, et ita omittendo, caussam mortis praebent. Nam hanc oeconomiam facilius ignorant, peritiores vero ex sola inavertentia seu culpa consulere negligunt, et ideo non sine ratione *arbitrariis* poenis facinus expiant. Majora dubia circa eos occurrunt, quibus nativa ingenii bonitas, sed *educatio*, et sufficiens

instructio in disciplinis moralibus deest, quique rudes, et prudentiae in rebus agendis, ac vitae politioris expertes sunt. Neque enim peculiari doctrina ad cognoscendam moralitatem homicidiorum, furtorum, adulteriorum opus habere videntur, sufficitque eos in genere nosse, hoc vel illud facinus prohibitum esse, licet non speciatim de poenae *modo*, aut *genere* informati sint. Verum uti hoc in poenis homicidii, et furti, omnibus satis cognitis, concesserim, ita in *severioribus* suppliciis, et iis delictis, quibus magis sibi, quam aliis nocent, quaeque rudis intellectus, tanquam infausta, ipsis non repraesentat, admittere nequeo, maxime quum omnis poenarum determinatio sit juris mere *civilis*, non aeque naturalis, et sic *ignorantia* excusationem non absolute excludat. Unde vivi comburium ob sodomiam, vel falsam monetam, gladii poenam ob adulterium non facile contra haec subjecta definirem, quae, si non sola culpa peccant, certe cum *infimo* doli gradu delinquunt, quam extraordinariis poenis coercere, aequitatis regulae omnino suadent.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLV. N. 59.

Lubrica melancholiae signa. Medicorum judicium. Gradus melancholiae.

Absit, ut sententiae Auctoris per omnia subscribam, quae justo iniquior, ac crudelior est. Gratis enim asseritur, hoc loco, *melancholicos* dolo non carere, dirigere suas actiones posse, impedimentum vero, quod corrupta imaginatio continet, imputationem tantum *minuere*, non totam *destruere*, quod jam taxavit Stryk *de melanchol. C.* V. § X. Equidem scio, non omnem ratiocinandi facultatem, quacunque melancholia adimi, nec mentis talem dispositionem impedire, quo minus quis sibi *conscius* sit, et dirigente voluntate actionum suarum *auctor* maneat, adeoque *intempestivae* misericordiae argumentum sit, quoties *simpliciter* criminum reis ob melancholiam indulgetur, non ideo tamen ex altera parte, omnibus sine *discrimine* poena necessario imponenda, et lenitati in totum nuntius mittendus, sed probe cavendum, ne inter nimium et parum erretur. Hunc in finem cura judicis primaria occupata esse debet circa melancholiae *existentiam*, ut postea eo felicior sit juris applicatio. De illa non aliter constare potest, quam

ex mediis probandi, fidem juridicam habentibus. Talia vulgo ex *signis* in sensus incurrentibus repetunt, quod admitto, si fuerint certa, et fallere nescia, quorsum *somni carentiam* refero. Ast plenaque sunt fallacia, et captum judicis transcendunt. Certe sola *confessio* rei, rem non magis conficit, quam suspiriorum, et anxietatum multitudo, quum deceptionum et simulationum in vita communi plena sint omnia. Ipsi defensores tam artificiose caussam vulgo instruere solent, ut parum absit, quin pro omnibus de crimine in jus vocatis ex capite *melancholiae* verba facere possint, dum *singulares* quosdam reorum actiones ad *tristitiam* vel moestitiam paululum inclinantes producunt, iterum ex facti *qualitate* ad melancholiam concludunt, mox patrem, fratrem, aut totam prosapiam delirasse ferunt. Arbitrum itaque esse oportet, per quem definiendum, utrum sufficiens morbi probatio? an artificialis delirii color, vel simulatio adsit? cui in re artis peritiam requirente alius, quam medicus haud sufficit. Specialim in criminibus extreme *temerariis* ex nulla vel levissima caussa susceptis, judicio medicorum tanto magis opus est, quanto minus contingere solet, ut quis ex mera *protervia* immane scelus committat, quidquid de usu consilii medici in hoc, similive casu disputaverint collegia JCtorum teste Beyero *ad Artic. CLXXIX. pag.* 13. *C. C. C.* Fortissima sanae mentis infirmae *praesumtio* hoc casu semper in promptu, tutiorque in re perplexa sententia est, indagationem medicorum judicio committere, et secundum illud jus reddere. Principalior indagatio ipsum *gradum* melancholiae concernit, qui modum *imputationis* determinat. Quot gradibus mentis imbecillitas constet, vix definiri potest, sunt enim infiniti, nec certae ac indubitatae regulae de iis dari possunt, adeoque expedit rationem infirmitatis juxta *obvenientis* casus naturam metiri. Ipse affectus pro *subjecti*, et *temporis* discrepantia modo laxior, modo remissior est, et sic *majoris* vel *minoris* imputationis capax fit. Vulgo *tres* melancholiae gradus constituunt supra *Qu.* XVIII. *Obs.* VII. propositos, quorum solers examen satis continere potest judicem intra terminos aequitatis, ne aut nimiae *indulgentiae*, aut *severitatis* notam incurrat, et omnibus omnino melancholicis leniorem sententiam scribat, aut nullam melancholiam poenam in totum tollere, existimet. Pertinet huc melancholia *uterina*, quae multum spontaneitati actionibus detrahit, et magnum momentum pro *remittenda* ordinaria poena suggerit foeminis infanticidis hocce morbo correptis.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLVI. N. 54.

Ebrietas et ebriositas. Ebrietas plena et minus plena, voluntaria et involuntaria temperant delictorum poenas. Inter milites an excuset?

Distinctio inter *ebrios* et *ebriosos*, quam nonnulli proponunt, seu qui ebrietatem velut *artem* exercent, circa quaestionem, an ex eo statu animi imputatio sequatur, nec ne? nullius usus est, utilis tamen ad gradum *culpae*, et imputationis determinandum. Utilior est inter ebrietatem *plenam* et *leviorem*. Haec, quia non omnem reminiscentiam, usumque intellectus tollit, parum prodest in tali conditione delinquentibus. Circa illam vero distinguo inter *voluntariam*, et *involuntariam*. Haec, quae facto aliorum iniquo, veluti sociis, sal vino immiscentibus, aut potum alio modo ad inebriandum praeparantibus, sine ullo delinquentis facto imputabili, se exserit, delinquentem ab *omni* poena absolvit, quia actio tum ob defectum *intellectus* ignorata, tum ob *voluntatis* absentiam invita est. Clarus *pr. crim.* § *f. Qu.* LX. *vers. praeterea* Zigler *dicast. concl.* XXI. §. IV. Illa nonnunquam cum *dolo* conjuncta, veluti, si quis data opera ad nocendum se inebriavit, aut stolida aemulatione vino in legum contemptum obruitur, quo casu poenam *ordinariam* facti scelesti non effugit, quia tunc de voluntate, et exitu satis constat Caball. *Resol. crim.* I. *N.* XII. verb. *ebrietas.* Sin, ut plerumque fit, ex sola *culpa* contracta, pro gradu culpae latioris, vel levioris, poenam *extraordinariam*, modo majorem, modo minorem delinquenti conciliat, et sic hoc solo respectu ad leniendam poenam conducit. In legibus *militaribus* passim exceptionem ebrietatis prorsus e foris criminalibus profligarunt legislatores, quo etiam refero *Const. Maxim.* II. *Anno* MDLXX. *Art.* L. *C. C. C. C.* qui alicubi leges *provinciales* respondent, quas tamen magis *terroris* caussa, quam serio proposito, latas esse, praxis quotidiana evincit. Quod multo magis de iis dicendum, quae ne quidem ob *involuntariam* ebrietatem praesidium in judicio poenali indulgent, quorsum edictum pie defuncti Regis nostri *de A.* MDCCXVIII. *von Abstellung des Vollsaufens* refero. His propositionibus tota doctrina de delictis ebriorum constat. Pleraque enim, quae hic immiscet Auctor ad mera allotria pertinent, imo sententia ejus, quod ebrius nunquam *omnem* poenam effugiat, manifeste falsa est. Conf. Bodinus *de jur. circ.* ebriet.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLVI. N. 56.

Electa ebrietas ad executionem delicti dolum arguit.

Haec sententia valde suspecta est, et pugnat cum principiis ab Auctore supra defensis, quod nemo ex *praesumptionibus* poena ordinaria afficiendus sit. Aliud enim est captare ebrietatem ad exequendum consilium malignum, quo casu dolus, compotatio, et effectus intime cohaerent; aliud de nece alterius quidem cogitare, sed aliud agendo, temulentiam inconsulta compotandi ratione sibi contrahere, eoque statu illum necare. Cessat hic nexus, et sola culpa in reum cadit, quantumvis de reatu postea reus glorietur. Nam ista gloriola post *consummationem* declarata, quantumvis improbitatis insigne sit argumentum, non magis tamen, quam dictum propositum antecedens in *hac specie* ad effectum criminis quid confert, sine qua circumstantia ejus in quaestione de poena delicti ordinaria nulla habetur ratio.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLVII. N. 44.

Lubrica imputatio delictorum a surdis mutisve commissa.

Vexatissima omnino est quaestio de ratione puniendi surdos et mutos ex caussa delicti. Paulus facultatem ex *contractu* se obligandi iis tribuere non dubitavit *l.* 4. §. *1 de pact.* cui conformis est *l.* 73. *de jur.* dot. *l.* 33. § 2. *de donat. l.* 5. *de acquir. et amit hered.* Imo, quod majoris momenti *Pontifex* in *c.* 23. *et* 25. *de spons.* eos *matrimonii* contrahendi capaces judicat. Quidni eadem ratione ex *delicto* eos obligari dixeris? Rursus Ulpianus et Marcianus *in l.* 3.§.3. *de postul l.* 65. *ad SCt. Trebell.* iis curatores assignat, quod oitra *judicii* infirmitatem fieri vix potuit. Ita *videntur* JCti de ratione obligationis dissensisse, *revera* autem non dissenserunt, sed commode in *consonantiam* reduci possunt, si quod ipsi non verbis ubique distincte expresserunt, supplemus, ac supponimus, multum referre, num utrunque vitium *simul*, an *alterutrum* tantum in subjecto quodam concurrat? *connatum* an *acquisitum* illud fuerit? Hic enim facilius, ibi difficilius obligatio admittenda, sit ut sit, longe alia ratio est hominum, qui ex negotio privato *licito*, et qui ex *delicto* ad poenam obligantur. *Horum* conditio, quia propter effectum moralem qui per poenam se exserit multis modis durior est, plura praerequirit, quae intuitu *illorum* conditio negotii

privati in quod consenserunt non adeo exigit. Maxima ambiguitas versatur circa *delinquentes*, qui natura surdi et muti sunt, ubi ad duo capita tota redit disputatio, et quidem 1) utrum hi tali mentis perspicacia, et *ratiocinandi* facultate praediti sint, qualem *poenarum*, imprimis vero capitalium, et corporalium conditio supponit? 2) Si eadem pallent, an et quatenus de delicto ad effectum poenarum legitimarum *convinci* possint? Quod ad primam attinet, palam quidem, et ipsa experentia comprobatum est, eos de rebus in *sensus* incurrentibus sibi ideas formare, has invicem comparare, et de hisce rebus, dum circa eas occupantur, ratiocinari posse. Ast *hoc* ratiocinium in foro *criminali* non sufficit, ubi tali subiecto opus, quod ideas *abstractas* boni, mali, justitiae, doli, culpae sibi formare potest, quorsum, utrum surdi et muti *natura* tales referri possint, valde dubito. Tales enim per sola *objecta* non repraesentantur, nec per *signa* sensualia innotescunt, sed ex *connexione* et consequentia *actionum humanarum* ratiocinando, et abstrahendo in *intellectu* producuntur, et sic aliter, quam *verbis* addisci nequeunt. Imo licet *informatores* fingi possint, qui adhibita solertia eos ex *signis* de consequentiis bonis vel malis certarum actionum instruere possunt, semper tamen in facto consistit et dubium manet, an surdi ac muti, de quorum delictis quaestio emergit, ita reapse et semper instructi fuerint, et num ideas boni et mali distinctas actu acquisiverint? Ne dicam per talem informationem nil aliud obtineri, quam ut addiscant, quid in vita humana fiat, non autem quid *justum* injustumve, et quae differentia sit inter actionem *dolo*, aut culpa commissam, ex qua tamen unice poenarum determinatio pendet. Idemque iis reponendum, qui ex sola *experentia*, quae mala certas actiones in vita communi sequantur, notitiam iis acquiri, existimant. Vident utique surdi et muti oculis, contrectatores rerum alienarum suffocari, homicidas gladio factum expiare, et sic in *genere* sciunt, quid sibi, talia ausuris, immineat? caussas proximas, quae ad *consulti*, vel *inconsulti* facti inspectionem pertinent, ignorant, et sic de ejusmodi actionibus sensualibus non *distinctam*, sed confusam ideam habent. Breviter pollent facultate ratiocinandi, in quantum ad res *sensuales*, et quotidianas percipiendas sufficit, *pleno* autem exercitio intellectus in actionibus non quotidianis, *quae majoris* momenti, quam, ut sola *sensuali* perceptione dijudicari possint, ob defectum cognitae *moralitatis*, destituntur, adeoque carent eo judicii *gradu*, quo ad *imputanda* ea delicta opus est, quibus supremi poenarum gradus cohaerent. Ad minimum persuasio eorum de *moralitate* actionum, cum facultate, *de ea recte* ac plene judicandi, non modo ob rationes adductas, verum etiam ob esperientiam, imbecillitatem eorum, in plerisque subiectis comprobatam, variis *dubiis* involuta est, quae sola circumstantia sufficit ad liberationem eorum a poenis *capitalibus*. Unde ea consilia potius contra illos capienda, quibus leniori coërcitione, imprimis condemnatione ad operas publicas, hoc solo fine, ne *inposterum* talia denuo committant, praecaveatur. *Alterum* caput longe certiora et evidentiora subministrat argumen-

ta pro eorum immunitate convictio decrimine, eaque *luce meridiana clarior*, sine qua nulla poenarum capitalium applicatio, aut *testibus*, aut propria rei *confessione* perficitur. *Priorem* ipse Auctor contra surdos mutosve admittit *N. XII.* Equidem non dissimulo per eam certitudinem moralem, et ad capitale supplicium sufficientem comparari, quoties testes non modo de facto *pyhsico* accuratam depositionem edunt, verum etiam *doli* mali indubias rationes edere possunt, sive quod circumstantiae furti *insidiosi* eas subministrent, sive quod ex *ore* delinquentis propositum nocendi perceperint. Verum quomodo haec ad surdos mutosve applicari possint, non video. Neque enim testium depositio de facto sensuali physico, *reatum*, qui sine internis latebris, et animo delinquendi concipi nequit, sufficienter comprobat, neque possibile, ut ullo meindubio de animo surdi et muti deliberato persuaderi, deque eo fidem judici facere possint; quando quidem signa ex gestibus, factique *qualitate* mutuata, quantacunque doli *verisimilitudine* blandiantur, non eousque *evidentia* sunt, quin adversus illa ex justis rationibus excipi possit; iis dolum vel *prorsus*, vel sine *difficultate* probari non posse; esse ea fallacia, incerta, lubrica, ab indole *validae* probationis remotissima. Hactenus de testibus. Quae *confessioni* criminum a surdis et mutis edendae obstant, his non multo sunt dissimilia. Inter quae tamen non movet, verbum *eigen*, art. XXII. quasi quae a surdis, mutisque editur confessio, non foret eorum *propria*, sed potius *interpretum*. Nam merum lusum in verbis committunt, qui textum hoc modo interpretantur, quum aliud sit *confiteri* quod a surdis mutisve per *signa* fit, aliud signatam confessionem *explicare*, quod est *interpretis* sine quo nihil cum reo, usu loquelae et auditus privato, suscipi potest, Confessio criminis sive *mediate*, sive *immediate* judici edatur, perinde est, et uno casu non magis quam altero a *reo* edita, ejusque *proria* esse censetur, aeque ac contingit in eo, qui in lingua *peregrina*, ope interpretis explicanda, crimen fatetur, quem non, sed potius interpretem fassum fuisse quis dixerit? Inde si hic defectus confessioni signatae unice obstaret facile lis componi posset. Sed multo *illustriorem* dubitandi rationem ipsa *interpretis* a reo facta expiscatio, et in judicio secuta declaratio signorum exhibet. Signa, qualiacunque ex gestibus ejulatu, murmuratione, petantur, nunquam eo pertingunt, quo *verba*, verisimilitudinem quidem ejus, quod per illa significatur, inferunt, certitudinem moralem vero, et talem, qualem verba subministrant, non item Notio, quam per illa acquirit interpres, nunquam est *distincta*, nec sono verborum aequi pollet, adeoque semper gravissimum *dubium* superest, quid *reus specifice* per signa, sibi proposita, intellexerit, *et* num *interpres* veram ejus mentem perceperit, an vero per errorem falsa sibi obrepere passus fuerit. Et quis *evictionem* praestabit quod mutus sub variis figuris interrogatus interpretem bene perceperit? Quid si reus, ab interprete per signa de scientia *circumstantiae* cujusdam, in delictum influentis, interrogatus, annuerit, de solo *facto* alterum quaesisse, ratus? Haec omnia

tam ambigua sunt, ut sine absurditate asseri nequeat, de veritate delicti satis hoc modo constare, caussamque ad effectum durioris supplicii sufficienter instrui. Pertinent crimina, imprimis quoties de *capitali*, vel *corporis afflictiva* poena quaeritur, ad caussas *arduas*, et majores, non levi brachio tractandas, aut sub *qualicumque* probatione admittendas quod utique fieret si vitam et famam reorum, ex unius *interpretis* professione, temere pessumdare vellemus. Atque has quidem rationes ipsa jurisprudentiae principia suppeditant, quibus ipse Auctor incessit et egomet ipse supra *Qu. CXIV. Obs. I.* pugnavi. His novum *suasorium* accedit, ab impossibilitate, reum in *capitalibus* ad mortem *proeparandi*, mutuatum, quod tanto efficacius videtur, quanto certius est, de rebus publicis *Cristianis* nobis potissimum sermonem esse, regulas Cristianissimi autem non admittere, ut reus, qui de mediis *salutis aeternae* per rerum naturam instrui nequit, dubiam salutis aeternae sortem subeat; et methodo *bestiali* vita privetur. Certe passionem et satisfactionem Christi, unde omnis salus, surdus mutusve talis scit, cum ignarissimis, et nemo est, qui ejus rei distinctam notitiam ipsi conciliare, aut quantum ex ista informatione profecerit, judicare potest. Eadem dubia, quae *gestibus* circa confessionem delicti inesse ante dixi, sese exserunt, quoties ex iis *religiosae persuasionis* consectaria trahimus. Ejus generis utique est conversio, quam sibi persuasisse, et conclusisse ex gestibus inquisiti, vana et lepida quadam opinione credidit, parochus, de quo in simili casu in hunc modum scribit Kayser *pr. crim. CMXXIII. Als die Pfarrer den Stummen Beredis Hertsch die Figur des andern Artichls des Christlichen Glaubens vorhielten, lachte er, schulg die Hände Creutzvveist zusammen, dass abzunehmen war.* (ita scilicet Clericus judicabat) *Er dancke dem Herrn Cristo vor sein Lejden unde Sterben, der ihm erloset hat, vviess an der Seite. Es hätte der Herr Cristus sein Blutb fur ihm vergossen, dessen er auch theilhaftig vvorden, und vvollte nunmehro gerne sterben, sovvohl die zuerhannte und angehundigte Lebens-Straffe vvillig leyden, uber vvelche des Stummen Gegendeuten und Wissen der Herr Pfarrer einen Gefallen trug, und sich erklahret, dass dieser Mensch die Gnade des Heiligen Geistes ob Gott vvill erlanget, da gnugsam abzunehmen, dass ihm seine Sünden herzlich leid vvaren, und derovvegen ihm dai heilige Abend-Mahl billig zu reichen sey. ec.* Plenius et magno cum judicii acumine praesentem quaestionem excussit, et casu non quotidiano illustravit. B. Kress. *vom Rechte des Taub und Stumm-Gebohrnen.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLVII. N.61.

Delictum iracundi excusatius est. Et paenae mitigationem producit.

Maximopere in delictum influit *iracundia*, idque modo aggravat, modo minuit, prouti caussa et gradus irae misericordiam commendat, vel detestatur. Plenius de hoc animi morbo egi supra *Qu. VI* et iram excusabilem ex *caussa* repetendam judicavi, inquo, consentientem habeo Auctorem *N LVI*. Sed ne tunc quidem homicidium sine *dolo* esse, quin potius animum vindictae cupidum concurrere excipit Brunnem. *de proc. inq. C. IX. N. LXVI.* Ego vero justam iram etsi dolum non prorsus excludat, multum eidem *detrahere* existimo, ut vix *infimus* gradus in salvo maneat. Imbecillitas humana, si unquam, certe *iracundiae*, ob repentinam commotionem suffragatur, ut, qui in eadem delinquunt, paulo *excusatius* peccent. Moderatricem affectuum *rectam rationem*, in promtu esse, non nego. Quis autem, quaeso est, qui hoc affectu, cujus stimulos in subigenda natura humana, nullus alius vincit, se superiorem esse, gloriari poterit? sunt qui haec et similia miseris obiiciunt, sed facilius hoc asseritur, quam in praxin deducitur. *Infirmitas* naturae humanae multo majorem favorem meretur, quam, ut propter directricem rationem prorsus negligi debeat. Nusquam imbecillitas se magis exserit, quam ubi *dignatio* hominis laesa, in qua potissimum justam caussam irae colloco in dubium vocatur. De hac itaque, qui queri potest, ei frustra moderatio affectuum objicitur. Denique quod scribit Brunnem: *si ordinaria remittenda esset poena homicidii ob subitaneum et potentem affectum irae, non video, cur eadem non sit remittenda, illi, qui inexpectata aliqua occasione sibi oblata matronae pulchritudine statim captus vim reluctanti inferret.* Certe non minus potens et celer hic affectus esse potest. Ast, quid si hanc sententiam Brunnemanni ad *petitionem principii* referrem. Experientia enim docet affectus specie *mali* excitatos, quales sunt, quos ira producit, longe *vehementiores* stimulos habere, quam ii, qui, exemplo voluptuosi specie *boni* erumpunt, quum facilius sit, carere bono, quam subire malum, naturae humanae, ejusque instinctui repugnans. Quod si verum, longe *excusatius* delinquunt, qui *irae* fervore, quam qui *amoris* illecebris in actiones illicitas ruunt. Accedit, quod amores venerei nullum prorsus *praetextum* suggerant nec rationem aliam conjunctam habeant quam quae in ipsa affectus commotione latet; irae fervor autem fundamentum *excusationis* maximam partem in cujuslibet *delicata sui aestimatione* habeat, cui, ne quid unquam detrahatur, prohibere, hominibus omnibus, quam maxime naturale est.

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLVIII. N. 3.

Transactio super delicto cum judice illicita, nisi ex ratione commutationis poenarum. Transactio cum accusatore inutilis.

Non satis cohaerent, quae Auctor hic proponit, dum potestatem *transigendi* modo tribuit *principi*, seu magistratui superiori, qui regalia habet *N. XVI.* et *XXII.* modo generatim *magistratui* ordinario, eidemque superiori *N. XVII. XVIII.* ceu dudum notavit Berger *El. crim. p.* 214. speciali quadam observatione, totidem Verbis repetita *pag.* 224. Quaestio potissimum ad eam speciem pertinet, qua pendente, vel finita inquisitione, et sic *re integra*, cum judice, interveniente pretio, super vindicta et expensis transigitur. Nam lata jam sententia, res ad facultatem *commutandi* poenam redit, de qua supra. Imo, actis jam transmissis, si haec quaestio proponitur sententia espectanda, et tum demum de *trasnmutatione* laborandum, interea autem omnis facultas *transigendi* praeclusa. Qualis dissensus collegiorum Saxonicorum ea in re fuerit, patet ex Bergero c. l. qui ipse inter caussas in sensu juris *saxonici criminales*, et *civiles*, distinguit, ibi compositionem impugnat, hic vero probat, et in fine addit, ex sententia Wittebergensium, rectius *omnibus judicicibus*, sive *patrimonialem*, sive *administratoriam* jurisdictionem habentibus sine *caussarum* discrimine ista transactione interdici, et sic etiam in casu amotionis, a *cohaerede*, vel *conjuge* susceptae, eam prohiberi. Maxima ratio dubitandi ab indole *abolitionis*, soli *principi* propriae petitur, siquidem, qui *ante* sententiam, accepta pecunia cassat inquisitionem, perinde ac princeps, sublata per rescriptum inquisitione, pecuniam sibi a reo stipulans, *abolere* criminalem caussam censetur, nec exceptione *impropriae* abolitionis juvatur, quum sola *appellatio* naturam rei mutare nequeat. Unde ex mea quidem sententia ejusmodi *negotiatio* excusari nequit, qua justitiae parum consulitur, et ansa ad varios *excessus* suppeditatur. Aut enim is, qui in jus vocatur, vere *nocens*, aut *innocens* est; illo casu promerito supplicio, quod executioni duri, publice interest, male subducitur; hoc vero pessime agit judex, cui cura innocentiae incumbit, si tanti reum redimere, proprii lucri caussa, plenariam liberationem patitur. Neque juvat judicem, transactionem ob merum litis *eventum dubium* pro redimendis incommodis inquisitionis factam esse. Nam, etsi haec ratio, a reo, quovis modo suae utilitati invigilanti, facilius allegari queat, quod ad judicem attinet, prorsus improbanda, cui vi officii processum adversus reum formare, et argumenta utrinque conquirere incumbit, quantumcumque demum rei inde redundet *incommodum*, circa quod, lege jubente, judicis nullum arbitrium superest. Reinhard *de caus. ob quas jud. potest mitig. paen. falso sibi arrog.* §. IX. *seq.* Quicquid

inopinati, judice, rite inquisitionem continuante, contingere potest, hoc est, ut in probatione deficiat, reumque gratis dimittat. Atqui respublica, si unum alterumve delictum propter *obscuritatem* inexplicabilem impunitum manet, nuspiam tantum damnum incurrit, quantum subitura esset, facultate ita transigendi, bonisque subditorum insidiandi, denique bonum publicum, bono fisci privato postponendi, concessa. Certe artes *marsupium* subditorum emungendi tam ingeniose in foris passim exercentur, ut non expediat conatus, hac via, ob inevitabiles excessus audaciores reddere. Consentit Brunnem. c. *l. C. X. N. XXIX.* et pluribus rationibus hanc sententiam exornat; quibus recte perpensis, apparebit, quantum a tramite justitiae recedant judices, quibus nonnunquam illud solenne est, *die Sache sey in der Stille abgethan.* Quondam in Saxonia reo non confesso, ita transigere licuit, soluta *piis caussis* mulcta. Verum ista ratio pronuntiandi exolevit. Wernh. *P. X. Obs. CCCXXIII.* Solas caussas excipio, in quibus vel ex natura delicti, *generatim* a legibus circumscripti, vel ex *praesentis* facti circumstantiis liquidum est, aliam per rerum naturam non imminere poenam, quam quae sua natura ex usu forensi *commutationem* in quantitatem pecuniae admittit, cujus modi est *carcer*, et *relegatio.* Quum enim eo casu post *latam*, et *expectatam* sententiam, pecuniaria praestatio vicem poenae imminentis subire possit, cur *re integra*, ad majores expensas parcendas, magistratui mox poenam pecuniariam a reo stipulari non liceat, haud apparet. Ita vero transactio non specie *gratiae*, sed ex sola *commutationis* justitia sustinebitur. Hactenus de transactione cum judice inita. Non diversa est ratio, si cum *accusatore* transigitur Etsi enim id in capitalibus permiserint Romani *l. 1. de bon. cor. qui ant. sent* reusque tum ob corruptionem turpis quaestus ab accusatore repeti non potuerit. *l. 7. §. 7. de pact. l. 8. de accus. l. 2. ad SCt. Turpill.* id tamen vigorem disciplinae *publicae*, quoties super eodem delicto ab alio accusabatur, impedire non potuit *l. 5. §. f. ad l. Jul. de vi publ.* Multo minus hodie, processu *inquisitorio* invecto, magistratui ullo modo ita praejudicari potest, ob verba *Art. CCXIV. Wennaber der Kläger nicht klagen vvolte, so soll dennoch der Richter von Amts vvegen klagen und straffen.*

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLVIII. N. 23.

Transactio cum consanguineis occisi poenam publicam non temperat.

Salivam movit hic locus Oldekopio, qui *Dec. II. Qu. I.* multis verborum ambagibus in doctrinam Autoris invehit, et novo scribendi genere, quam alibi in Auctore taxavit duritiem, in praesenti specie ipsius *mitiorem* sententiam impugnat. Quaestio potissimum est, de compositione, inita cum *vidua*, *liberis*, vel *agnatis* occisi, quorum, jure fami-

liae quam maxime interest salvum mansisse, occisum, uti cum OLDEKOPIO statum controversiae movet BRUNNEM. *c. l. C. IX. N. LXIV.* Atque hanc quidem per se ad *mitigationem* poenae insufficientem esse, ipsefatetur CARPZOVIUS, quandoquidem interesse hoc *privatum* nihil prorsus cum vindicta *publica* in hoc crimine habet, sed ratio poenae capitalis, vel corporalis unice in conservatione securitatis *publicae* a legislatoribus collocatur, cui, concurrente, vel omissa transactione, nil prorsus accedit, vel decedit. Ast alio *adminiculo*, quod malitiam rei temperare potest, accedente, facilius veniam obtenturum homicidii reum fatetur. Verum nihil profecto huic sententiae suffragatur, quantacumque demum praecautione eam circumscripsisse sibi imaginatur. Aut enim adminiculum istud, ita comporatum est, ut *malitiae* gradum vere moderetur, aut solo palliolo, vel *praetextu*, speciem simplicitatis naturalis prae se ferente, absolvitur, ibi transactio mitigationi caussam non tribuit, sed solus *doli* defectus; hic vero neque quodlibet momentum *separatim* neque utrumque *conjunctim* in rationem poenae influit, non praetensa malitiae absentia, quae quatenus colorem sapit nullius efficaciae est, non transactio, quae ne tantillum quidem cum ratione vindicandi homicidium commune habet. His solis fundamentis nititur praesens thesis, non auctoritate legis *divinae*, ad quam uterque BRUNNEM. et OLDEKOPIUS praeterea confugit, ex praejudicio, dudum ab eruditis profligato.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXLVIII. N. 31.

Transactio privata in quibusdam delictis prohibita, in aliis permissa. Quando moderationem poenae operetur?

Regulam Auctor praemisit. Jam sequuntur *exceptiones*, in quibus transactio utique vim mitioris supplicii habet. De quo, ut eo melius constet, praemitto, esse *triplicis* generis delicta capitalia. In quibusdam transactio prorsus a legislatoribus *prohibita*, uti factum in crimine *perduellionis l. 5. C. ad l. Jul. maj.* et sic res clara est. Eamdem severitatem sapit jus *Brunsuicense* in *abigeatu* conf. FRATRIS *diss. de abigeat §. CIV.* nec non in furtis *domesticis* CELEB. AYRER *defurt. domest. C. II. §. f.* PUFFEND. *c. l. §. XLIX.* Neque alius sensus *Art. CLXXIV. C. C. C.* ubi in sacrilegio ibidem exposito minor *misericordia*, quam leges de furto probant, injungitur, quae alia esse nequit, quam ut probatis quidem caussis mitigandi *communibus*, eae, quae furto *propriae*, et ad *damni* perpessi *reparationem* redeunt, in *sacrilegio* exulare debeant. Par ratio *perjurii*, in quod praeter restitutionem damni dati, poenae *certae* definitae *Art. CVII. C. C. C.* In aliis ratio poenae capitalis in violata securitate et tranquillitate publica *unice* latet, nec ea quicquam cum laesione *patrimonio* illata commune habet, uti factum in *rapina, latrocinio, incendio, doloso homicidio*, in quibus nulla pror-

sus compositionis *privatae*, quocumque demum homine veniat, vis est. His aequipollet *incestus*, qui licet non *pacis* publicae, sed *scandali* caussa, in linea *recta* capite coërceatur, in eo tamen cum antea memoratis convenit, quod ab injuria privata prorsus non dependeat, nec quoad poenam, quicquam cum illa habeat commune. Denique in quibusdam non *omnino* laesionem *privatam* neglexerunt legilatores, sed utique momentum aliquod poena capitalis in illa *simul* posuerunt, quo casu sufficiens ratio est, probato quovis compositionis genere, in *mitiorem* sententiam inclinare. Ejus generis est *furtum*, in cujus poena capitali decernenda, respiciendum jubet Carolus V. *wie schädlich dem Beschädigten der Diebstahl seyn mag.* Hisque verbis non obscure significat, omnem omnino modum, per quem *damnum* oblatione quantitatis legalis *minuitur*, vel *tollitur*, sive in *transactione*, sive in *remissione*, sive alia quavis *compensatione* consistat, ad rigorem suspendii moderandum. Sufficere loquor de furto *simplici magno*. Circa *qualificatum* enim exemplo *Art. CLIX. C. C. C.* constat, nil interesse, furtum fuerit *magnum*, aut satis *parvum*, quod ipsum fundamentum capitalis supplicii in sola *violentia*, et *periculo* quaerendum, extra controversiam collocat. Neque aliud de furto *trina* vice reiterato judicarem, cujus poenae, etsi damni respectum non *prorsus* excludit, et ita quantitatem legalem ablatam supponat, ex ipsa legislatoris intentione, tamen duriorem caussam conjunctam habere debet, quam, posita suspendii nimia *severitate*, in eo solo, quod caussae remittendi poenam hic rariores esse debeant, quaerere licet.

Quae de furto magno probata, usum quoque in *adulterio* et Bigamia habent, poenamque capitalem, cujus fundamenctum *injuria* innocentis ex parte costituit, remittunt, hactenus scilicet, ut simul de *restaurato matrimonio*, et receptione in thorum conjugale constet. Nam *simplex* condonatio vel remissio haud sufficit. Illud non refert, *pretio* interveniente facta fuerit compositio, nec ne? Neque enim proprie *lenocinii* argumentum est, *consummato* semel scelere lucrum sibi acquirere, licet factum in se *honestati* repugnet. Saltim in quaestione de remittendo supplicio capitali non tam *honesti* habetur ratio quam *injuriae* remissio ipsis regulis justitiae probata, spectatur. Fallor, aut idem in *stupro violento*, et *raptu* obtinet, ex quo jus Canonicum *matrimonium* inter raptorem et raptam permisit. *l.pen.* X. *de rapt.* Hac sanctione enim rigor olim in sola *securitate publica* violata quaesitus, simul ad rationem injuriae, honestae personae illatae, exigi, et medium tollendi poenam ordinariam, sub permissione matrimonii probari cepit. Gemina in *falso* puniendo observanda esse, verbum *Art. CXII. C. C. C. wie schadlich*, satis evincit. Plane in *arbitrariis* poenis nulla famosior est caussa, quam *amicabilis compositio*, quorsum crimen *injuriarum*, et imprimis *famosi libelli*, quod in foro non nisi arbitrarie coërcetur, pertinet. Vid. supra *Qu.* XC*VIII. Obs. VI.* De omnibus his adhuc notasse juvabit, transactionis appellatione non tantum eam conventionem, quae *dato* ac *remisso* fit, verum etiam *gratuitam*, et quodcumque sa-

tisfactionis genus intelligi, nisi quatenus leges ob qualitatem injuriae, peculiare expiationis genus probaverint, ut de *adulterio*, *stupro*, *violento raptuque*, paulo ante docui, quorum priori, sola *receptione in thorum coniugale* reliquis sola, *deductio in domum* ad moderationem poenae ordinariae prodest.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXLVIII. N 41.

Dignitatis non semper, aliquando tamen in poenis ratio habita.

Non est, quod levi brachio de *dignitate* personae judicetur, quoties de qualitate *poenae*, ob delictum eligendae, quaestio emergit. Dignitatem accipio pro quocumque eminentiore ordine, non solo natalium splendore, sed quibusvis honoribus, quibus ministri, aut officiales digniores corruscant. Quum enim circumstantiam istam ipsae leges subinde tueantur, et saltem non nominatim *excludant*, eam etiamnum in mentem revocare, quid vetat? Certe in poenis *corporalibus*, aliisque *macula* plenis res usque adeo plana, ut interprete non indigeat sic semper in civile habitum viro *nobili*, aliusve *existimationis* infligere *fustigationem*. De Romanis id testatur *JCtus l.* 28. §. 2. *de poen. non omnes*, inquit. *fustibus coedi solent, sed hi duntaxat, qui liberi, et quidem tenuiores, homines honestiores fustibus non subjiciuntur.* Neque in Germaniae foris audiunt, hominem altioris dignitatis, vel nobili genere natum, quoties delicti reus est, tam male tractari, et, quod ipsi intolerabile est, supplicium destinari. Facilius alia poena corporalis ab *infamiae* opinione paulisper remota, in eius locum substituitur, ut legi in quam peccavit, per *aquipollens* satisfiat. Quale quid observatum, et *Baroni* loco fustigationis promeritae, *manus amputationem* decretam fuisse Beyer *jur. Germ. C. II.* §. XXXVII refert. Neque etiam ejusmodi personas ad operas publicas *viliores*, sed potius ad *ergastulum* damnare, convenit, nisi forsan ita *gratia* fiat, ut loco poenae capitalis ad *fortalitium* remittantur. Par ratio est *numellarum*, existimationem mirifice labefactantium, quas, etsi *praevaricatoribus* advocatis minetur *Art. CXV CCC.* vix tamen imponi videbis, ne honor, quem etiam *advocati* gerunt dehonestetur ut observat Kress. *ad h. a.* Alia majoribus haesit philosophia, qui *pacis publicae* fractores ob *facti* atrocitatem sine *injuriosa* poena non quidem dimittendos judicarunt, interim eo discrimine usi, ut nobilibus *canem*, ministerialibus *sellam* seu ephippium, rusticis *rotam aratri* gestare, jusserint Lehman. *Chron. Spirens. Lib. V. C. IV.* Plane, quod ad *relegationem*, aut *carceris* poenam attinet, nec natalium splendor, nec dignitatis praerogativa ejus efficaciae est, ut illam executionem remoretur. Plerumque *pecunia* luunt facinora, vel *redimunt* poenas arbitrarias contra se decretas. Diversum jus circa poenas *capitales* obtinet, quas ex *aequo* applicari omnibus oportet, quum honorem reatus excludat. *l.* 8. *C. de episc. et cler. l.* 13. §. 8. *C. de jud l.* 1. *C. ubi*

senat. vel clarissim. Ne quidem in solo *genere* poenae capitalis remittendo multum fiduciae personis clarioribus paratum est, adeo, ut ne quidem *culeus* nobilibus infanticidis remittatur teste Harprecht. *Resp* XXXV. *N V.* Sola poena *suspendii* tam altas singularis *infamiae* in mentibus hominum radices egit, ut, nisi furto ab honoratioribus commisso, ea remitteretur, hi non possint non multo *graviorem* poenam quam alii fures subire, quod cum intentioni, tum verbis legum *nach Gelegenheit der Persohn Art. CLIX.* refragatur, ut supra *Qu. LXXXII. Obs. IV.* docui. Imo nonnumquam, ubi exemplo opus, ante executionem saevioris supplicii, *exauctoratio* praecedere solet, ut dignitati vel natalibus honor conservetur. Ejusmodi spectaculum passim fora protestantium intuitu *clericorum* damnatorum servant, docente B Pabante f. *E. Lib. V. Tit.* XXXVII. §. *CVI.* et Kraussio *de jure degrad. canon. ejusque effect. in terris protest.* Idem fatum aliquando *nobiles* subeunt, quorum *insignia*, *Clypeus* galea confringuntur, nobilitatis diploma a carnifice in frusta laceratur, scissumque ad pedes eorum conjicitur. Plus dignitati ante cit. legem Constantini *C. ubi senat.* faverunt Romani, qui non tantum in crimine *incendii*, verum etiam *homicidii* secundum *ordinem* personarum de poena capitali statuerunt, et altioribus solam *deportationem* comminati sunt, quoties inferioribus *capitale* supplicium praepararunt. *l.* 9. *de incend. ruin. l.* 28. §. 12. *de poen. l.* 3. §. 5. *l.* 16. *ad l. Corn. de siccar.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CXLIX. N. 42.

Spontanea confessio poenas non mitigat nisi leviores.

Quum in *confitentem* nullae aliae sunt partes judicis, quam in *Condemnando*, fatente Ulpiano *l.* 25. *ad l. aquil.* et Costandino *in* l. 16. *C. de poen.* vix est, ut secundum regulas justitiae spem indulgentiae ob *spontaneam* confessionem, reo facere liceat. Quicquid ex ea utilitatis speciem praesefert, vel in *merito* quaerendum, vel ad animi *emendati* argumentum referendum. Illud ad modum debile, quum frustra glorietur de facto, quod, nisi ultro suscepisset, *coactus* subire debuisset. Hoc post semel *peractum* facinus, nullius prorsus efficaciae est. Imo potius, quum nemo, ne poenitentia quidem, conjuncta cum confessione, nocens esse desinat *l.* 65 *de furt. l.* 5. *ff. vi bon. rapt.* omnium minime sola confessione crimen patratum purgari; aut reatus minui potest. Ant. Math. *de crim. Lib.* XLVIII. *Tit.* XVIII. §. III. Ita tota Autoris doctrina cum limitationibus effectis penitus corruit, nec usum suggerit, praeterquam in *levioribus*, ubi, quoties emendatae voluntatis ratio habetur, ex hac ipsa confessione validum praesagium de bona rei indole, et spe intemeratae vitae, in futurum capere licet.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CXLIX. N. 48.

Diuturnitas carceris quando reis ad mitigationem prosit?

Iure Romano poena eorum, qui in diuturno reatu sunt, aliquatenus sublevanda *l.* 25. *de poen.* multo magis concurrente *carceris* injuria, reremissionem operatur *l.* 23. *C. de eod.* Quod tamen de omnibus poenis accipere nolim. Loquuntur enim Imperatores in *cit. l.* de poena *exilii.* Unde non immerito ab interpretibus ad poenas *extraordinarias* restringitur, nec in iis probatur, quae *morte naturali* expiantur. Ita limitat sententiam Autoris Puffend. *proc. crim. C.* XX. § XXXVII. tametsi Gaanzius *de def. reor. P.* II. *p.* 589. *seq.* generatim eam probasse censeatur. Adulteris nominatim custodiae longioris squalorem prodesse, defendit Leyser *sp. DXXX. N. LI.* Cui, ob nimiam poenae *capitalis* hic praescriptae atrocitatem non contradixerim. ICti Wittebergenses praeterea multum referre judicant, utrum lege *morali*, an *humana* poena imposita, et hoc quidem, non illo, indulgentiam admittut, eoque poenam *homicidii* referunt. Berger *El. crim. p.* 284. Wernh. *P. III. Obs. CLIX.* Quum vero hoc praejudicium, quantum satis alibi *Qu. CL. Obs.* I. removerim, ei hic non amplius immoror, certe persuasus, omnes poenas criminales esse juris humani, nec usum, aut remissionem earum, sanctione divina, ullo modo turbari.

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CXLIX. N. 58.

Intercessio puellae nullius efficaciae. Facilius paterna in poenis infamantibus prodest.

Qui hanc caussam defendunt, sine *lege* incedunt, et solo favore *matrimonii* moventur. Dudum hunc naevum in jurisprudentia notarunt eruditi, quod tot jura singularia in favorem matrimonii nominatim in pluribus capitibus statuta, ansam dederint. ICtis, eumdem nimium quantum extendere, et quavis occasione, quoties intercederet matrimonium, ejus tuendi promovendique caussa, jura peculiaria a legislatoribus ne quidem cogitata, effingere, ut ex professo nuper docuit Carolus Fridericus Winckler *de favore causs. matrim. nimio.* Ex horum numero quoque, quae de praesenti, poenas capitales mitigandi caussa, circumfertur doctrina in Gallia, et Hispania non modo quondam probata, teste Chassanaeo. *consv. Burg.* § II. et Covarruvia *T.* I. *P.* II. *C.* III. §. IV. *N.* XXIX. verum etiam in Germania passim adoptata, ut de *Palatinatu*, et civitate *Norica* docet B. Engau *Ele. jur. crim. Lib.* I. *Tit. V. M.* IV. §. *LXXXIV.* de alia collegiorum praxi Ziegler *de jur. Maj. Lib.* I. *C.* VIII. §. XIII. Suboluit tandem pluribus superstitiosus iste error, etiam inter Catholicos, eumque eo foro criminali profligare studuerunt, inter quos Mathaeum *de crim. C. I. C. V. N.* VI. Zoesium

ad ff. p. 1205. Wernherum *P.* IX. *Obs.* CXCIX. et qui ex professo de hac fabula commentati sunt Carmon. *de intercess. foemin. pro capit. damnat.* Schnetterum *de matrimon. cum donat. ad mort.* nominasse sufficit. Neque enim ulla lex prostat, quae reatum propter matrimonium extingi, aut minui, disposuit, neque re rerum publicarum est, viam sternere *procacibus* foeminis praetextu *matrimonii*, qui plerumque lascivis amplexibus absolvitur, homines sceleratos condignis poenis subtrahere. Certe matrimonii favor, si qua in re, hac occasione iam lubricus, ne dicam *irrationalis*, ipsisque legibus contrarius est, ut nihil supra. Apposite Bachov *ad Treutl. vol* II. *disp.* XXX. *Th.* III. *lit. g. Si conjux intercessione sua a supplicio capitis liberari non potest, ubi tamen favor matrimonii considerari potest, multo minus puella aut impudens scortum procaci sua petitione hoc efficere poterit.* Cum hoc non confundenda intercessio *paterna* pro avertendo *fustigationis*, similisque *infamantis* coercitionis supplicio, de qua *Q. CL. inf.* actum. Alia adhuc sed *diversi* generis quondam intercessio innotuit, quam declinandi reorum supplicii capitalis caussa *Clerici*, et inprimis *episcopi* suarum partium esse, crediderunt, et audacissimi eo usque protulerunt ut, quod ab initio *precibus* obtinuerunt, in jus quoddam *perfectum* tandem converterint. Singularia audaciae specimina monachorum, ante praetorii januam fedentium, et *jure intercessionis*, de officialium manibus damnatos eripientium, sistit Chrysostomus *homil.* XVII. *ad populum Antioch.* et quae ad compescendam hanc temeritatem lata *l.* 6. *C. de episc. aud.* Et quis arrogantiam Augustini, intercessionibus rationem *jussus* inesse, statuentis non mirabitur, qui *Ed. CLIX. Audi episcopum consulentem*, inquit, *quoniam Christiano loquor, maxime in tali casu non arroganter dixerim, audire episcopum jubentem.*

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CXLIX. N. 67.

Ignorantia juris communis et provincialis quatenus poenam mitiget? Paenitentia sub quibus conditionibus temperamentum poenae suadeat?

Illud quoque non semel quaesitum esse memini, *ignorantiae juris* num ad molliorem poenam conducat? Jus intelligi potest *commune*, vel alicujus loci, aut provinciae *singulare*, a communi mirifice devians. Et circa illud quidem, si vulgaria principia sectamur, extra dubium posita censetur sententia negans, eo, quod ignorantia hujus sit *crassa*, et *affectata* nec attentione digna. Neque dissimulo, veritatem hujus doctrinae ordinarie, et in dubio praeferendam, ne in cujusvis nequissimi hominis potestate sit, allegata ignorantia, rigorem legum temere, et contra utilitatem publicam eludendi. Verum id non omne *arbitrium* judicis tollit, si *probabilis* caussa ignorantiam confirmat. Quid enim si natura *stupidus*, vel ob de-

fectum legitimae *educationis*, et instructionis rudis, ad eam provocet, imprimis in illis delictis, quibus saevum mortis supplicium impositum, quod, quando crimen hostile quid non continet, hariolari non facile potuit? Caussam dixi in quaestione de poena ignis, in sodomia et falsa moneta ob crassissimam ignorantiam in extraordinariam commutanda. *vid. Qu.* XLIII. *Ob.* III. Quod enim de delictis contra jus *naturae* hic vulgo aggeruut, nil aliud evincit, quam, quod rei actionem *injustam* esse sciverint, non aeque, quod poena, quae juris mere *humani*, ipsis innotuerit. Hanc itaque si ignorant, ex *culpa*, et omissa *consultatione* peritiorum delinquunt, cujus coercitio mere est *arbitraria*. Nam uti ignorantia legis, si *inevitabilis* est, peccatum *tollit*, ita cum *negligentia* aliqua conjunctum delictum minuit Grot. *de J. B. et P. Tit.* II. C. XX. § *XLIII.* Plane in homicidio, rapina, furto, stupro violento, quorum poenam cum omnes sciunt, tum experientia comprobat, et facti hostilitas satis insinuat, ignorantia nimis *affectata* foret, qualis veniam prorsus non meretur, perinde ac in delictis *extraordinariis* contingit, ad quae temere exceptio ignorantiae extendi non solet. Quid porro si tales deliquerint, quibus jus *ignorare* licet, quales sunt *foeminae*, *rustici*, *milites*? Neque enim ratio apparet, cur hoc ad caussas *civiles* tantum, non aeque ad *criminales* trahendum, imprimis, si, uti hic suppono, tales fuerint, in quibus scientia ob *severitatem* est paulo difficilior, et intricatior. Nam in delictis, quorum poenae lippis ac tonsoribus notae, ne foeminis quidem ob ignorantiae allegationem parcendum, nisi leges nominatim eam indulserint, ut de *incestu* juris civilis supra observavi. Quid denique, si quaestio poenalis perplexa, multis doctorum contradictionibus implicata, nec satis in legibus determinata sit? Cujusmodi problemata in utramque partem disputata ob nimios Carolinae naevos sunt frequentissima. Quot lites de poena capitali bigamiae, abscissione digitorum in casu perjurii, similibusque caussis, forum perstrepunt? Quae, dum in universum scholas doctorum in *duas* partes dividunt, et utrinque praegnantibus rationibus fulcitae ob *incertitudinem*, ignorantiae exceptionem firmant, ut in dubio *mitior* poena dictanda. Neque tamen id ad quasvis impugnationes legum poenalium, e *longinquo* quidem repetitas, sed facili negotio componendas, traxerim, cum vix de vindicta publica quid constet, cui non contradictum. Fortior ratio dubitandi emergit, si de legis *provincialis* ignorantia et mitiganda ob illam poena praefinita quaestio est. Saepe enim statutum, vel lex provincialis nimis, et vix *conjecturata* ratione a jure *communi* recedit, ut in furto *domestico*, quoties id non habita ratione *quantitatis*, abscisse poena capitali coercetur, passim obtinet. Tum uti quidem civibus, vel incolis per aliquod tempus ibidem habitantibus, ob *supinam* qua id jus facile cognoscere potuerunt, ignorantiam, non subveniendum, esse teste Leysero *Sp.* CCLXXXIX. *M. VI* ultro concesserim; ita *advenis*, vel civibus novellis, si legum civitatis ignari fuerint, eamque ignoratiam *verisimiliter* probaverint, contra vi-

gorem parcendum esse non dubito. *l.* 3. §. 9. *l.* 14. §. 1. *de re milit. l.* 3. §. 22 *ad SCt. Syllan. l.* 7. *de jurisdict.* Quid? quod civibus in ignorantia praesidium esse possit, quoties voluntas legislatoris *ambigua*, et non tam de expressa sanctione, quam *extensione* legis quaestio est vid. Wernh. *P. V. Obs. L.* Parum abest, quin ignorantiae *poenitentiam* sociarem, nisi persuasus forem quam lubrica ob reconditos animorum recessus sint animi vere poenitentis, futuraeque emendationis, signa. Veritas rei experientia quotidiana comprobatur, et tanti visa Thomasio *de jur. princ. evang. dispens. in caus. homicid.* C. *I.* §. *II.* ut illam, tanquam ad *futuri seculi* cognitionem spectantem, e foro relegaverit, in quo non vitam futuram, sed factum *proesens* spectari oportet. Non tamen ideo hanc caussam in totum dimittendam censeo, si verisimillima, haud fucatae poenitentiae, prostant argumenta, quae vix certiora sunt, quam si (1 praecipitantia delicto commisso *naturalis* est, ut in *injuriis* contingit, vel *blasphemia* ubi lubrico linguae multum debetur. 2) si *incontinenti*, et immediate post consummatum facinus, secuta. Quemadmodum enim, quo magis vitium alicui obrepit, eo minus abactione *voluntaria* participat, ita firmissimum actionis non cogitatae argumentum est, talem sponte susceptam, nondum collecta mente, detestari. Plane, quae cum *deliberatione*, aut, inter *moras* cogitationem perpetrantur, si semel consummata, excusationem vix admittunt, etiamsi quis eorum ultro verbis fictisque poenituerit, quia res non amplius *integra*, et sola signa cepti taedii multo infirmiora sunt, quam, ut contra actiones sua natura deliberatas, fidem mereantur. Facilius pro poenitentiae efficacia pugnarem si quis a coepto, sed nondum penitus consummato delicto ultro abstinet, et facto, quod in ejus potestate erat, proprio motu se abdicat, quo casu tamen non poena ordinaria locum habet, sed, quae imminebat, arbitraria temperatur. Plenior in exponendis ejus effectibus civilibus sunt. Ludovici et Bastineller, *de effectu poenit. in delict.*

OBSERVATIO I.

AD

QUAESTIONEM CL. N. 43.

Dispensatio principum in caussa homicidii defensa. Varia interpretum sententia.

Non sine ratione ex criminibus, lege Dei aeterna, ut fertur, capite notatis, hoc loco homicidium separat Auctor a reliquis *N.* XXIX. relatis, quia de his paululum ipse cespitasse, de illo majori fiducia principia sua propugnasse videtur. Et est profecto hoc satis conclamatum, omnes poenales sanctiones de *adulterio*, *sodomia*, *sacrilegio*, similibusque per *Mosen* promulgatas, et ex hac sola *promulgandi* ratione ad rempublicam judaicam restrictas fuisse, adeoque obligationem earum cum ipsa republica judaica desiisse. Nominatim de *adulterio* consuli possunt Christianus Gothofredus Hofmann de *dissensu jurium in puniend. adult.* C. II. Berger *in disquisit. Elect. jurisprud. crim. ad-*

jecta, utrum a principe temperare poena adult. poss. de *Bigamia* Richt. *vol.* I. *P. V. Cons.* XI. Circa *homicidium* vero speciatim cum praeceptum divinum *Gen.* IX. 6. quod rempublicam judaicam antecessit, tum *frequens* ejusdem in sacris litteris facta *repetitio Exod.* XX. 12. *Levit.* XXIV. 17. *Num.* XXXV, 16. *Deutr* XIX, 10. *seq. Matthaei* XXVI, 52. *Marci* X, 19. *Lucae* XVIII, 20 intercedit. Quo factum, ut plerique interpretes recentioris aevi, missis illis, de hoc *solo* solliciti fuerint, et de efficacia juris divini circa illud disputare ceperint. Ut taceam JCtos, ac Theologos vim legis aeternae in eo agnoscentes, longa serie a Pfeffingero *T.* III. *p.* 1337. collectos, ex professo causam eorum tueri, inter alios tentavit Rechenberg *de jur. princip. Christ. aggrat circa homicid.* cum Leysero *sp.* DXCVII. M. VI. His autem se opposuere et negata legis divinae obligatione, poenam homicidarum legi *humanae* deberi, docuerunt Thomasius *de jur. aggrat. princip. in causs. homicid.* Gerhard *de abolit. crim.* C. II. §. 11. *seq.* 6. B. Parens *T.* III. *P.* I. *Cons.* CXIX. Engelbrecht *de jur. poenar. Capital. in homicid.* C. III. Argumenta, quae in utramque partem allegantur pondere suo non destituuntur. Vicit tamen ex mea sententia schola *Thomasiana.* Qua fiducia enim ad locum *Geneseos* provocatur? quem magis ad *praesagium*, quam *praeceptum*, sine qua legis vis nulla, pertinere, ipsa locutio *futuri* temporis satis evincit. Dudum observarunt linguae hebraicae periiores, versionem male *Luthero* cessisse, et loco, *soli*, reponendum esse, *wird*, docuerunt, eo, quod in textu haebraico non verba *imperativi*, sed *futuri* usurpata, ceu exacte versio *Wertheimensis* docet, cui non obest, quod Leyserus opposuit, quasi per totum decalogum verbum *futuri* temporis pro imperativo in *praeceptis* sit. Qua ratione enim Deus poenam *capitalem* tum per modum *praecepti* determinare, ejusque custodiam *hominibus* injungere potuit, ubi nullus adhuc princeps, nullaque respublica extitit, in qua vigor se exereret? Num putamus, Deum, pro sua sapientia, poenalem *legem* tulisse, *vindicis* humani tum hactenus incogniti, rationem non habuisse? Hoccine, si ad *legem* referendum, non minus pro lege haberi debet, quod Deus paulo ante de *esu animalium* v. 4. edixit, quum ejus cum sequentibus, intimus *nexus*, idemque utrobique fundamentum sit. Si quid ex isto loco collegi potest, ad *talionem* sive identitatis sive *similitudinis*, ejusque certitudinem voluntati Dei conformem pertinet Godwin. *Mos. et Aaron Lib. V.* C. VIII. §. IX. modus vero, utrum Deus *immidiate*, an per *alios* homines suo tempore veritatem minarum exequuturus sit, in *medio* relictus, quem sive hoc, sive illo modo acceperis, secundum ea, quae magno apparatu suggessit Clericus *in Comment. ad cit. loc.* utroque modo non *praeceptum* poenale, hominibus aeterno jure praescriptum, sed mera praedictio eventus futuri, erit, perinde ac *Davides Psal. LV.* 24. denunciat, *die Blutgierigen und falschen werden ihr Leben nicht, zur Helffte bringen.* Quam ob rem ipsi judaeorum magistri edictionem divinam tantum de *vindicta divina* sive immediatae, sive

mediate inter homines expectanda, interpretati sunt, teste SELDENO *de J. N. et. G. Lib. IV. C. I. p.* 481. quod tanto minus in dubium vocandum, quando evidentius est. *Deum cit. l.* de *se ipso*, et sic de *sua* vindicta inter homines, non praecise, de eo, quod a *magistratu* humano fieri debet, edixisse, aut praecise voluisse, ut vindicta per homines sumeretur. Neque moror *seriam Dei voluntatem* a LEYSERO tantopere laudatam, siquidem ea etiam cum *divina* vindicta subsistere potest, adinferendam praecise *legem aeternam* hominum executioni datam non sufficit. Et, quid, si in verbis, *ne effundas sanguinem humanum* indolem praecepti, tanquam ipsa recta ratione jam comprobati, admiserim? Non ideo tamen protinus *sequentia*, ad verba legis praeceptiva, *humanis magistratibus* praescripta, necessario referenda, quia tum temporis, ut dictum, observante GROTIO, nulla adhuc constituta judicia, et verba divina *mortem* denunciant, *quomodocunque* demum morietur. Ejusdem indolis sunt, quae pro frequenti praecepti *repetitione* allegantur loca. Ea enim aut ex *veteri* testamento desunta, et manifeste poenam forensi reipublicae judaicae *particularem* inculcant, non universalem, tum, quia sanctio poenalis ad caedes *judaeorum* restricta, non vero ad *gentilium*, vel proseliatarum homicidia estensa *Exod. XXI.* 20. tum quia exempla dispensationum *Davidis*, aliorumque a SELDENO c. l. collecta et in sacro Codice probata, hanc interpretationem non admittunt. Quae loca autem ex *novo* foedere desumta, nil nisi *admonitionem*, de cavenda vindicta divina, continent, quam aliunde conclamatum sit, *Cristum* cum *apostolis Doctoris*, non *legislatoris* politici officio functum, aut de poenis, per *homines* sumendis, sollicitum fuisse. Eadem quoque philosophia haesit *Christianis*, et *patribus* ecclesiae, qui poenam capitalem quidem in homicidio prorsus non impugnarunt, AUGUSTIN. *Epist.* CLIII. *Tom.* I. *oper Athenag. in legat. pro. Christ. p.* 8. in universum tamen, et quantum ad *regulam* detestati sunt, suique officii esse putarunt, damnatos per *intercessionem* executioni subducere, *Augustin.* c. l. *Epist.* CXXXIII. et CXXXIX. cujusmodi doctrinas profiteri non potuissent, si per legem *aeternam* magistratum humanum vinctum esse ad sumendum capitis supplicium, credidissent, et hanc sententiam *praecepto* divino propriam existimassent. B. PARENS. *c. l.* et. in *Jur. Eccles. Tit. de homicid.* §. XX. usus praesentis doctrinae est amplissimus, seque extendit ad plures quaestiones hactenus passim expositas, puta, utrum principi sit facultas dispensandi a poena homicidii capitali? Utrum homicidia *praescriptionis* exceptionem admittant? Num jus *asyli* in caussis sanguinis probandum? Utrum exceptionem *ignorantiae juris* prorsus ac in totum excludat? Utrum ad mitigandam poenam ordinariam *carceris diuturnitas* conducat? quarum decisionem genuinam allatae rationes subministrant, et in specie, quid de jure *dispensandi* in caussa homicidii ab Autore late impugnato, judicandum sit, suggerunt. Quare in taxando eo non diutius immorabor, sed in complementum eorum, quae proposui hoc ad minimum con-

cludo, sententiam de dispensabilitate poenae homicidii, tanquam *mitiorem* in *dubio* praeferendam rigorosae doctrinae, quae vulgo, de *stricta* poenae *capitalis* executione, circumfertur.

OBSERVATIO II.

AD

QUAESTIONEM CL. N. 45.

Quibus limitibus justitia dispensationis Principum a poenis capitalibus includatur?

In eo facile cum Autore transigendum, principem salvis regulis *justitiae* non *promiscue*, et pro *arbitrio* in criminibus, et sic etiam in *homicidiis*, de quorum atrocitate, et insidiosa ratione satis constat, dispensare posse, sed *justis* caussis structum esse oportere. Etenim is ad regulas jurisprudentiae *universalis* est adstrictus, contra quas, si justo indulgentior est, adversus officium suum peccasse, et *injustam* dispensationem exercuisse utique censendus est. Puffend. *de J. N. et G. Lib. VIII. C. III. §. XXVI.* Praeterea metuendum, ne facilitas veniae nutriat pestilentiam, in subditis, quorum commodis tamen prodesse, non obesse principem debere, ratio tanti, quod sustinet, muneris in republica exigit. Quo respexit effatum Ambrosii *c.* 33. C. XXIII. *qu.* 4. *qui uni indigno indulget, plurimos facit ad prolapsionis contagium provocari. Facilitas enim veniae incentivum tribuit delinquendi.* Justam tamen et magnam caussam, non eam accipio, quae secundum regulas interpretandi, *gratiae* indulgendae, quandam *necessitatem* imponit. Talis enim, quum officium *judicis*, cujuscunque ingrediatur, cum potestate principis nil commune habet; sed talem intelligo, quae judicis quidem potestatem excedit, non vero respectu *principis* salutem reipublicae, tanquam primarium in se collatae potestatis finem, respicere obligati, iniqua est. Quum enim finis administrationis reipublicae sit *utilitas*, et *salus* civium communis, non potest, non omnis ea caussa factum principis *indulgentioris* justificare, quae, etsi nullibi expressa, admissa venia, *commodum* publicum, vel *promovet*, vel in praesenti *non turbat*, nec in ambiguum discrimen conjicit. Fateor applicationem in *hypothesi* esse difficiliorem, et principem modo huc, modo illuc retrahere, illud tamen expeditum est 1) in *collisione* caussarum, quarum quaedam exemplum exigunt, et gratiae in praesenti resistunt, aliae veram *utilitatis* publicae rationem habent, veniamque *suadent*, priores posteriores vincere, principisque factum in *dubio* reprobare. 2) semper, si salus publica gratiam suadere apta est, per *aequipollens*, cum scandalo, tum securitati satisfieri, nunquam reum ab *omni* nexu liberari debere. Hunc in finem *custodiam perpetuam* vix effugiunt, quibus gratia a principe facta, ut si res magna, praeclara, difficilis, inposterum pro salute publica per eos gerenda, aut expedienda, ex *carcere*, finis, qui caussa dispensationis fuit, obtineatur, puta, si artificium haud *vulgare* callet, si praeclare de republica *meriti*, ejusque indolis sunt, ut inposterum per eos

plura in *universam* civitatem redundare possint. Quid? quod merita *majorum*, et memoria praeclararum in re trepida actionum, *liberis* prodesse, et facile superiorum gratiam, ultra quam par erat, provocare soleant. vid. Stryck. *de bene merit.* C. *V.*

OBSERVATIO III.

AD

QUAESTIONEM CL. N. 48.

De effectu abolitionis.

Hactenus cum venia, quae vulgo *aggratiatio* audit, *abolitio* convenit, quod ex mera gratia procedat, et ideo ab illis unice expectanda, qui eam dispensare possunt, licet alias ad caussam nondum liquidam, sed *pendentem* restringenda sit. Decernitur in gratiam vel *accusatoris*, vel *rei* delinquentis, ibi onus accusationem continuandi tollit, et abolitio *accusationis* vocatur, hic reum ab ulteriori processu criminali indeque iminente poena eximit, et abolitio *criminis* vocatur. De illa supra *Qu.* CVI. *Obs.* II. actum, de hac in praesenti agere debuisset Auctor, quam lacunam paucis supplebo. Neque tamen animus est, integram et plenam ejus analysin hic subjicere, quia ea in re satis mihi otium fecerunt. Stryck *de jur. abolit.* Maurit. Gerhard. et Wildvogel *de abolit. crim.* sed de effectu ejusdem potissimum sollicitus ero, qui potissimum hujus loci est. Vindelicet habet abolitio cum aliis negotiis *consensualibus* hoc commune, quod omnem efficaciam a consensu, per ipsam concessionem declarato, accipiat. Est enim voluntatis declaratio, quid quantumve superior reo indultum esse velit, adeoque mensura ejus interpretationis et applicationis a *voluntate* hac ultimo pendet Quumque non modo *concessio* abolitionis, verum etiam ejus *determinatio* laxior vel angustior, actus voluntatis sit, non difficulter colligitur. utramque quaestionem *an* abolitio concessa, et *quousque* extensa, et ejus significatione se resolvere. Fac, de priori quaestionem esse, quid aliud reponi poterit, quam hoc: abolitionem non aliter intelligi, quam significatione superioris *liquida*. Est enim ea res facti, eaque *ardua*, quales vix aliter, quam *expressa* declaratione adolescunt. Tacitam non capio, eo, quod nullum factum tam concludens sit, quin contra illud excipi possit: reum non *omnino* dimissum, sed *salvo* processu criminali omnia acta fuisse. Sola itaque *verbalis* declaratio negotium abolitionis absolvit, si fuerit *liquida* et *directa*. Facilius de *indirecta* quaeri possit, ut ecce, si cum administratore pecuniae publicae, ratione residui varie transactum, dilationes ad solvendum concessae, muneris retinendi, in casum satisfactionis spes facta, decreta olim commissio aliquantisper suspensa, qualem speciem habes apud B. Parentem *T. III. p. III. R. DCCCLXV.* sed dubito, an hisce declarationibus reus, postea in jus vocatus, contra motum processum criminalem se tueri possit, eo quod istae ad caussam *civilem* pertineant, cum *criminali*, postea ex capite defraudationis forsan moto, nil commune habeant, nec a

remissione ejus quod interest, in caussa *civili*, cassatio ulterioris examinis in praejudicium futurae *inquisitionis* tollatur, tametsi *commissio* contra reum antea decreta simul speciem inquisitionis habuerit. Fateor, ejusmodi commissiones plerumque formam iquisitionis repraesentare, sed eadem illa ratio, quod *mistam* caussam habeant, nec *unice* ad poenam criminalem tendant, efficit, ut ambiguae naturae sit, et facile ad solam caussam civilem trahi possit, quicquid indulgentiae a voce principali hactenus processit. Tanto certior vero est abolitionis declaratio, si caussa *mere criminaliter* tractata, ubi pro substrata materia, non aliam interpretationem patitur, quam ut omnem omnino nexum solvat. Eoque formulae abolitionis consuetae apud Stryk *c. l. c. v.* pertinent, quae *positivae*, *directae* et satis *determinatae* esse solent, ut tanto minus circa gratiam superioris dubium emergat.

Paulo difficilior inspectio circa alteram quaestionem, quae ad *limites* abolitionis pertinet, occurrit. ubi hoc certum, a principe pendere, quem *modum* beneficii sui voluerit, dummodo tam *clare* locutus fuerit, ut nullum interpretationi locum reliquerit. Datur *pura*, datur quoque *conditionata*. Utramque moderatur voluntas concedentis. Indulgetur nonnunquam reis sub lege, solvendarum *expensarum* cujus speciem refert B. Parens *cit, loc. Cons. DCCCLXIV*. Aliquando sub conditione *pecuniariae* praestationis conceditur, quo casu *transactionis* rationem habet. Iterum nota sub conditione, *Wenn er binnen Fahres Frist des Verbrechens nicht uberfuhrt werden konte*, quam clausulam non de casu deficientium *indiciorum*, sed de eo, siquidem neque *confessus*, neque *convictus* fuerit, capiendam monet Berg. *oecon jur. p.* 904. Atque in his similibusque casibus omnis labor circa sensum conditionis versatur. Ast in pura potissimum et *immediate* de indole, et inde pendente effectu ipsius *abolitionis* quaeritur, ut, quid ordinarie in ea actum censeatur, et sic quid in specie quavis obvenienti circa exemtionem rei statuendum sit, innotescat. Tum vero, quid *voluerit*, et *potuerit* superior considerandum est. Et *voluntas* quidem si formulas communes, et usum forensem spectes, nil aliud infert, quam quod reus *plene* a processu criminali liberetur, atque e vinculis dimittatur, perinde, ac si per sententiam absolutus fuisset Myler *Nomol. CXVI. N. I.* Cujus rei consequens est, ut neque in *praesenti* obnoxius maneat, neque ratione *futuri* resuscitationem caussae a quocumque, et quacumque demum vix ea tentata fuerit, extimescere teneatur. Lynk. *Dec. DCXLIII.* Berg. *Elem. crim. P. II. pag.* 59. idque non tantum ex autoritate *rei judicatae*, quae abolitioni vulgo tribuitur, verum etiam ex natura concessionis, quae, si non *frustranea* esse debet, alium sensum vix recipit, denique ex caussae *pendentis*, et nec finitae indole, siquidem cujus eruendi superior spem et potestatem habuit,nectamen id eruere curavit,sed indagationi cassationem opposuit, non potest non *plenariam* securitatem intendere, et sic omnem omnino viam objiciendi criminis praecludere. Qua de caussa ne quidem *prin-*

rum securitatem, ex ipsa voluntate abolentis deductam, sufficit. Facilius caussa abolitione sopita ex integro tractabitur, si eam *sub* et *obreptitie* impetratam fuisse constiterit. Berg. *P. II. Resp. LI.* quia haec circumstantia dubium in *voluntate* suggerit, et sic fundamentum, a quo omnis vigor et efficacia pendet, subvertit. Imo multo majora dubia circa ambitum abolitionis, etiam ex certa scientia decretae, emergunt, quoties de *expensis* processus criminalis quaeritur, et num ad illas quoque trahenda sit, disceptatur Leyserus *Sp. DCXXVI.* eas ubique comprehendi, de plano pronunciat, tum quod in *transactione*, mediante qua ut plurimum abolitio conceditur, *strictissima* interpretatio locum habeat, ut nihil amplius, quam de quo conventum, debeatur, tum propter clara verba *l. 3. C. de fructib. Terminato transactoque negotio posthac nulli actio, neque ex rescripto super sumtuum petitione praestetur. Post absolutum enim dimissumque judicium, nefas est, litem alteram consurgere ex litis prima materia.* Ego vero abolitionem ab his non traherem. Ut enim, quod ad priorem rationem attinet, taceam, non omnem abolitionem *pretio* interveniente fieri, adeoque rationem a *transatione* petitam *particularem* fore, eadem ipsa ratiocinatio de *stricta* interpretatione Leysero magis obstat, quam prodest, quia, dum reum ab expensis absolvit, non modo *latiorem* interpretationem subsimuit, verum etiam *objectum*, quod abolitione sopitur, excedit. Certe qui circa caussam *criminalem* occupatur, non tam de restitutione *expensarum* sollicitus est, sed hoc agit, ut in *veritatem delicti* inquirat et de *poena* promerita laboret, consequenter certum, in his unice verum obiectum, verumque finem inquisitionis terminari. Quotiescunque ergo ab hoc proposito superior desistit, et cum reo transigit, non alius rei curam animum subire patitur, quam ut e numero reorum eum eximat, et sic, quod *objectum* litis erat, unicum et verum objectum *transactionis* in dubio manet, reliqua omnia, etsi connexa, ast propriis rationibus constantia, in suo statu perdurant. Quodsi ergo strictae interpretationis ratio habenda; id aliter fieri nequit, quam ut abolitio circa caussam criminalem *solitarie* subsistat. Dum Leyserus reum ultra, quam conventum prorsus conveniri non posse, afferit, utrumque nexum tum intuitu reatus, tum intuitu expensarum abolitione contineri gratis supponit. Id vero ad *petitionem principii* pertinet, nec quo ad *alterum* membrum argumentis concludentibus probari potest. Toto coelo hoc a priori differt, nec, quod circa caussam *reatus* cum reo agitur, protinus circa punctum *expensarum* actum intelligitur. Prior plerumque *anceps et difficultatibus* exposita est, et eam solam ob caussam super ea transigi solet. Haec ratio cessat in *posteriori*, ubi, dum reus *caussam* inquisitioni dedit, fundamentum obligandi ad expensas restituendas liquidum est, et sic caussa transigendi deficit. Cujuscunque praestationis vero quis nullam omnino caussam transigendi habuit, eam transactione comprehendere voluisse vix intelligitur. Neque moror *cit. l. 3.* quae de *ab-*

soluto judicio, et lite post caussae cognitionem *finita* loquitur, ubi per se constat, tenorem sententiae excedi non posse, adeoque expensas non adjudicatas *tacite* remissas fuisse. Accedit quod transactionis alia sit ratio in causa *civili*, de qua lex loquitur, alia in caussa criminali. Illa quia rem utrinque *ancipitem* supponit, non potest non punctum expensarum comprehendere, quia scrupulosis litibus compensatio expensarum per se propria est. Haec vero cum expensis nil commune habet quia has reus ob sola *indicia*, quibus gravatur, et *caussam* inquisitioni dat, ferre tenetur, quantumvis de reatu liquido non constet, vel innocens fuerit. Unde obligationem ad has, non obstante abolitione salvas manere, recte judicarunt. ICti Hallenses apud B. Parentem *cit. l. N. V.*

Hactenus de eo quid superior abolendo remittere et indulgere voluerit. Sequitur alterum fundamentum determinandi effectum abolitionis, quod in eo, quid *potuerit* concedere, quaerendum Facultas superioris, si secundum regulas justitiae, quas servasse praesumitur, judicandum, a legibus dependet, quarum summa haec est, ut ne cui jus *perfecte quaesitum* temere tollatur *l. 2. §. 10 16. Ne quid in loc. publ.* Hoc si verum, manifeste sequitur, abolitionem ab alterutro condominorum factam, inscio vel invito altero, qui *coimperium* habet, reo vix, profuturam, nec impedituram, quo minus hic caussae pendentis ulteriorem indagationem urgeat. Quum enim utrque *conjunctim* imperet, neuter sine altero separatim summum imperium habeat, justitia omnino congruit, ut neuter alterum cohibeat, in eo, quod *suo jure*, et sic juste intuitu subditorum agit. Par ratio est, si de *pacto* inter domum regnatricem cum alio principe inito constat, quale est, quod *Elector Brandenburgicus* cum ducibus *Pomeraniae* ac *Megapolitanis MDCXVII.* de gratia robbatoribus omnino non concedenda iniit, observante Brunnemanno *ad ff. Tit. de SCt. Turpil. in f.* Magis anceps quaestio est, utrum abolitio prohibere possit, *successorem* in regno *singularem*, quo minus ex integro processum adversus reum instruat. Sunt qui eam, quasi *dignitatis principalis* nomine indultam, *aeternum* valituram, perhibent. Berg. *El. crim. P. II. Obs. XXVI.* Alii, tali successori, regnum non ex beneficio antecessoris, sed jure *proprio* tenenti, revocationem indulgent, Stryk. *c. l. N. CXXXV.* Verior videtur sententia eorum, qui revocationem successoris impugnant, eo quod cum crimine, ex jure aggratiandi quoad effectus *civiles* penitus extincto, resuscitatio prorsus non subsistat. Certe *jus quaesitum* successoris quod oggeritur mere imaginarium est. Enim vero tempore remissi *delicti* tale manifeste non habuit, nec eo, quo *postmodum* regno potitur, illud consequi potest in delictum, quod non amplius extare intelligitur. Imo *reus* potius a summo legislatore per impetratam abolitionem de *jure* recte sibi *quaesito* gloriari potest, quod contra omnia principia intervertetur, si revocatio successori integra foret. Quid vero de ejus effectu *extra territorium* dicemus? Num reus abolitione in foro *deprehensio-*

nis impetrata, *domi* a vinculis, inquisitione, et poena securus erit? Ita forsan indicabunt, qui gratia principis ipsum crimen, et poenam *extingui*, reumque impetrata abolitione, in foro delicti non magis ad judicium rapi contendunt, quam qui in foro deprehensionis poenam vere subiit, eo, quod cum jure *deprehensionis* absolute cohaereat, jus *poenam* imponendi, ejusque gratiam faciendi et admisso priori, posterius cum plenissimo effectu admitti debeat. Verum enim vero, quicquid juris foro *deprehensionis* proprium, ex *communi utilitate* repetendum, qua sola sustinetur inquisitio extranei, siquidem omnium judicum inquirentium *communis* finis est, nimirum conservatio utilitatis et pacis publicae. Ea sive ab *uno*, sive ab *altero* obtineatur, perinde est. Obtenta autem illa tunc intelligitur si supplicium in reum cum *effectu* decretum, quia *vigore* et *exemplo* opus, ut alii a simili cohibeantur. Non sumto supplicio, sed *gratia* reo facta, hactenus quidem, et intuitu ejus, qui abolitionem concessit et facto contravenire nequit, reus securus est, sed quia communi utilitati nondum satisfactum, effectum producere nequit abolitio in foro *delicti*, quin potius intuitu hujus omnia jura *integra* manent, habeturque ac si deprehendens *jure suo* usus non fuisset. Interest enim judicis delicti *specialiter*, tum ob vidam delicti ibidem *memoriam*, tum ob specialem *legum suarum* per delictum *violationem*, ut non impunita in suo territorio maneant admissa delicta, vel etiam proniores ad turbandam suam rempublicam, inibique delinquendum redantur homines, sed ut male feriatis purgetur provincia, cui fini non sola extranei deprehendentis *inquisitione*, multo minus *gratia* ab eo facta, sed sola *actuali vindicta* satisfit. Neque interest an reus ejus territorii, in quo deliquit sit *subditus*, nec ne, quia jus puniendi, et inde pendens strictior obligatio ad poenam sustinendam foro *delicti* cohaeret, et sic utrobique in salvo manet, sive ab *extero*, sive a *proprio principe* deprehendente gratia reo facta in praejudicium fori delicti, quum uterque jure *deprehensionis* fruatur, sicuti contra judex delicti eadem jura retinet, et ob violationem legum suarum jus perfecte quaesitum ad vindictam a reo subeundam habet, sive is ipsi ordinarie fuerit subjectus, sive non. Plus juris inest abolitioni a principe reo in *suo territorio*, vel adversus *suam personam* delinquenti, factae, quae etiam *ultra territorium* vires extendit, et contra quemcunque instar exceptionis *peremtoriae* profutura est. Non modo enim leges huic foro *primum locum* assignarunt, verum etiam eidem, ut dictum, *principaliter* injuria facta, adeoque ejus in hac caussa criminali *speciatim* interest. Remissa ergo ab eo, qui huic praest, et jus vitae ac necis habet, injuria, *plenariae* caussa finita, nec quisquam alius, praeventione illius semel exclusus, singulare interesse allegare potest, ob quod is ad vindictam adhuc se armare posset. Atque hoc quidem si *subditus* in sui dominii territorio deliquerit, extra dubium est. De *extraneo* ita delinquente, et a judice delicti abolitionem impetrante dubitat STRYK. *c. l.* utrum

officiat domino ordinario, tum quia *domicilium* ipsi jus inquirendi confert tum quia ejus *speciatim* ob qualitatem *subjectionis personalis* interest Sed ego hic nil multandum censeo, evidenti ratione motus, quod domicilii, ob praeventionem judicis delicti nulla habeatur ratio, tum quod interesse judicis delicti longe *superet* illud, quod *subiectionis* caussa allegatur, adeoque, illo remisso, de hoc non adeo laborandum sit, tum quod ratio a *violatione legum*, pro asserendo pleno jure judicis delicti circa reum disponendi, mutuata, aeque ad *extraneum*, ac ad *subditum* delinquentem quadret *Cons. Hallens. T. I. Conf. CXXVII. N. XX.*

Quae hucusque de abolitione in praejudicium *tertii* non interpretanda ratione satisfactionis *publicae* disputavi tanto minus dubium habent si de *interesse privato* tantum quaeritur. Id enim laeso semper salvum manet, ut ecce: Si *tutor* de fraude accusatus post gratiam a principe impetratam actione *tutelae* a pupillo pulsatur, quod fieri posse, recte asserit Kress. *ad Art. XV. C. CC.* Idem ad eum qui furtum passus, intuitu condictionis furtivae applicat Stryk. *C. V. N. XXXVIII.* Gemina sunt, quae de actione ad *deprecationem* ex capite *famosi libelli*, ob quem abolitio reo concessa, memorat Wildvogel *de abolit.* §. XXXVII. Nec quaestio de *partu adulterino*, pro quo hereditas a matre petitur, *agnatis* ademta censetur, etsi mater, de *abolitione* contra suspicionem *adulterii* impetrata, excipiat teste Leysero *Med. VIII.* IX. In universum enim verum manet, uti gratiam principis, ita quoque abolitionem intelligi. *Salvo jure cujusqunque* Zigl. *de jur. Maiest. L.* I. *C.* IX. §. III.

Denique illud longiore examine vix dignum, effectum suum producere abolitionem in *omnibus* delictis, aeque ac de dispensatione Q. CL. Obs I. probari. Unde quibus argumentis contra hanc, praetextu legis *aeternae divinae* hinc inde motis, dicam scripsi, iisdem contra impugnationem illius, eadem responsio data esto.

OBSERVATIO IV.

AD

QUAESTIONEM CL. N. 74.

Potestas collegiorum ad respondendum de jure constitorum, quousque in arbitrio circa poenas se extendat?

Multo illustrior videtur potestas *collegiorum* esse, quae ad *respondendum* de *iure* erecta, et praeeunte ipso Carolo V. hac praerogativa donata, ut non bis, aut semel, sed frequenter judices ad illa obligaverit. *Art.* CXXXIII. *CXLVI. CXLVII. CLIX. CLX. CCI. CCIII. CCX. CCXIX. C. C. C.* Neque negari potest scabinatus celebriores, quos *curias superiores*, *Oberhoffe* olim vocari consuevit, conniventibus superioribus, et accedente privatorum praejudicio *plus potestatis* sibi olim sumsisse, ut in *praefat. ad T.* III. *P.* II. *Consiliorum* B. *Parentis* docui, quin imo collegia *Saxonica*, ultra, quam par erat, in temperamento rigoris praescripti ex-

cessisse. Re autem accuratius ex indole muneris ipsis concrediti perpensa, potestas eorum non laxior, aut *major* est, quam quorumcunque *iudicum*, et sic facultas poenas *mitigandi* utrobique ad mentem, et rationem *legis* restricta. Unde si de voluntate legislatoris constat, *injuste* agunt, si sub palliamento *aequitatis* auctoritatem legum ipsi conculcant. Plenius de hujusmodi ausibus egit Gribner *de jurib princip. quae vulgo sed perperam ad jurisdict. refer. Sect.* IV. Si quae ipsis praerogativa indulgenda, ea latius se non extendit, quam ut in caussis sive ob circumstantias *facti* perplexis, sive ob definitionem *legis* cessantem, ambiguis, excluso judice ordinario, *arbitrari* possunt, quid oblatae speciei conveniens ipsis visum. His limitibus ipsae leges *Carolinae* ea restringunt, si remissiones judicis ad illa factas paulo accuratius expenduntur.

OBSERVATIO V.

AD

QUAESTIONEM CL. N. 99.

Justitia circa commutandam ex justa caussa poenam relegationis.

Rationes, quibus impugnat hanc limitationem Gribner *de intercess. in bigam. C.* I. §. XLVI. si strictam juris rationem spectamus calculum mereantur. Nam alia ratio est relegationis per legem *certo* determinatae, alia exilii, *arbitrio* judicis deficiente, distincta legis sanctione, praefiniti. Posteriori, non priori casu poena *arbitraria* erit, adeoque nec per se *commutationem* in poenam pecuniariam legitimabit. Neque tamen dissimulare possum, ea, quae de conditione *personarum* in definiendis poenis supra applaudentibus legibus proposui, in omnibus poenis *extraordinariis*, et sic multo magis in *relegatione* applicationem jurium, poenarumque mirifice temperare, adeoque quaestionem praejudicialem esse, an non relegatio praefinita, ex *praesumta* et subintellecta legislatoris voluntate, ita ad *arbitrium* judicis restricta, ut ob conditionem *personae*, vel *aliam* concurrentem *aequitatis* rationem a principiis communibus mutuatam juste cum *alia*, praesenti speciei convenientiore, commutari queat. Vid. *Qu.* CXXIX. *Obs.* II Certe, quae ab aliis sine gravi incommodo perfertur, relegatio, aliis in *officio publico* constitutis, *salario* donatis, *artificium* honestum, loco certo proprium, exercentibus, *latifundia* possidentibus, intolerabile, et ex mente legislatoris justo *durius* foret supplicium, quod, cur, substituta alia conveniente, commutationis prorsus expers sit, non perspicio. Taceo *praxin* uniformem, quae relegationem, tanquam corpus haud affligentem, fecit *arbitrariam*, et hoc ipso judicibus ea indulsit, quae indoli huius arbitrii conveniunt, quorsum *commutationem*, si *justa* caussa adfuerit, omnino refero. Longe minus vellicanda, quam ipse Gribnerus taxat pronuntiandi formula. ***Es mag aber die zuerkante Landes-Verveisung in eine Geld-Busse von*** 1000. ***Rthl. mit Vorbevvust der hoben Landes-Obrigkeit vervvandelt vverden.*** Tantum enim abest,

ut illam superfluam existimem, ut potius pro *utilissima* habeam, qua cum ipsis judicibus, *finitae* potestatis memoria renovatur, tum *superiores*, in indulgentia tenaciores, tanto *facilius*, ut, quid de rigore remittant, quod non provocati nunquam remissuri fuissent, flectuntur.

INDEX RERUM ET VERBORUM

QUORUM PRIOR NUMERUS, *PARTEM*, ALTER, *QUAESTIONEM*, TERTIUS, *OBSERVATIONEM* DENOTAT

FUSTIGATIO.

GLADIUS.

HERES.

HOMICIDIUM.

HOMICIDII POENA.

SALVUS CONDUCTUS.

SCIENTIA.

SECTIO.

SEDUCTIO.

SEMINIS IMMISSIO.

SENTENTIA.

SEPVLCHRVM.

SILENTIVM.

SIMVLATIO.

SIPPSCHAFT.

SOCIETAS.

SODOMIA.

SORS.

SPONSALIA.

STATUS.

STELLIONATUS.

STERILITATIS PROCURATIO.

STUDIOSUS.

STUPRUM.

TRANSACTIO.

VARIATIO.

VASALLVS.

VENATIO.

VENEFICIVM.

VINVM.

VIS.

VITA.

VIVI-DEFOSSIO.

VRGICHT.

VRPHEDA.

VSVRA.